Ehrler

Göttingen
1960

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
Göttingen, Paulinerstraße 13

DER GELTUNGSGRUND ALLGEMEINER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

DISSERTATION

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Georg-August-Universität zu Göttingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Marbod Etzler
aus Brünn

Göttingen 1961

Berichterstatter: Prof. Dr. Gerd Rinck

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Franz Wieacker

Tag der mündlichen Prüfung: 10. November 1960

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
A. Einleitung	1
I. Aufgabe	1
II. Rechtsprechung und Lehre	4
III. Methode	13
B. Geltungskraft Vereinbarung	17
I. Die "stillschweigende Vereinbarung" in der Praxis	17
II. Die Vereinbarung als rechtsdogmatischer Geltungsgrund	20
1. Der Vereinbarungsbegriff	20
2. Die Vereinbarung als Rechtfertigung für die Theorie der rechtsgeschäftlichen Unterwerfung	21
3. Vereinbarung und Willenserklärung	23
III. Der Begriff der Willenserklärung	24
1. Methode der Begriffsbildung	25
2. Privatautonomie	27
a) Sinn der Vertragsfreiheit	27
b) Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens	30
c) Die Geltungstheorie	32
d) Das Erfordernis der Erklärung	37
aa) Problematik der Wesenseinheit von Geschäftswille und Erklärung	38
bb) Möglichkeit der rechtlichen Anknüpfung an eine innere Tatsache	40 42
cc) Zweck der Erklärung	42

3. Verkehrssicherheit 46

4. Rechtsgeschäftliche Vertrauenshaftung 51

5. Der Interessenausgleich im Gesetz 52

a) Der Erklärungsempfänger versteht die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn 52

b) Der Erklärungsempfänger ist im Zweifel darüber, was der Erklärende will 57

c) Der Erklärungsempfänger hat vom Willen des Erklärenden einen bestimmten Eindruck, der unzutreffend ist 66

aa) Der Erklärende führt den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers vorsätzlich herbei 66

bb) Der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers ist vom Erklärenden nicht vorsätzlich verursacht 69

d) Willenserklärung an mehrere Erklärungsempfänger 76

6. Ergebnis 79

IV. Die Vertragserklärung des Unternehmers 83

1. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Inhalt der Vertragserklärung 85

2. Die rechtsgeschäftliche Unterwerfungserklärung 89

V. Die Vertragserklärung des Kunden 99

Seite

C. Geltung kraft Vertrauensschutzes 100

I. Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens..... 100

II. Vertrauenshaftung im Rahmen der §§ 116 ff. BGB 103

1. Das Vertrauen des Unternehmers 103

2. Anwendung des § 116 Satz 1 BGB..... 104

3. Berechtigung des Vertrauens des Unternehmers 106

a) Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sonstigen Bekanntgabe 107

b) Die wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers 108

c) Allgemeine Kenntnis der Kundschaft vom Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen..... 109

4. Das Vertrauen auf das Vorliegen eines Unterwerfungswillens 114

a) Vergleich mit Telquelerklärung und Risikoerklärung 114

b) Unterstellung der Billigkeit und die entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 1 und 3 oder der §§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 BGB 116

5. Obliegenheit des Kunden zum Widerspruch 120

6. Ergebnis 122

D. Geltung kraft "normierender Verkehrssitte" 125

I. Anwendungsbereich des § 242 BGB 125

1. Die Änderung nachgiebigen Gesetzesrechts durch ergänzende Verkehrssitte 126

2. Ergänzende Verkehrssitte als nachgiebiges Gewohnheitsrecht 127

a) Voraussetzungen 127

b) Zur Auffassung Raisers 128

II. Gesetzeslücke hinsichtlich des rechtsgeschäftlichen Massenverkehrs 131

1. Entwicklung der Typizität in den rechtsgeschäftlichen Rechtsbeziehungen seit Schaffung des BGB 133

a) Typizität durch Institutionalisierung im Gesetz 133

b) Typizität durch allgemeine Geschäftsbedingungen 133

2. Frage nach der durch diese Entwicklung bewirkte Änderung von Interessenkonflikten 134

a) Der vom Gesetzgeber geregelte Interessenkonflikt 134

b) Der Interessenkonflikt in dem vorliegend zu untersuchenden Tatbestand 135

3. Ausfüllung der Gesetzeslücken 138

a) Ausfüllung der Gesetzeslücken durch Vertrauensschutz 138

b) Ausfüllung der Gesetzeslücken durch ergänzende Verkehrssitte 138

III. Zur Theorie vom normativen Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen 141

1. Begriff des normativen Charakters 141

2. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsquelle 145

3. Die behördlich zur Auflage gemachten Geschäftsbedingungen 147

E. Ergebnis 149

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Arbeiten zur Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte Heft 3, Karlsruhe 1948

Bang, Falsa Demonstratio, Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung, IherJahrb Bd. 66 (1916) S. 309 ff.

Baumbach-Duden, HGB-Kommentar, 13. Aufl., München und Berlin 1959

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig, I. Teil 1901, II. Teil 1903, III. Teil 1905

Binding, Gründung des Norddeutschen Bundes, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid 1888, S. 69 ff.

Brandt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, Deutsche Rechtswissenschaft Bd. 5 1940, S. 76 ff.

von Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, als Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung, 2. Aufl., Köln und Berlin 1956

Bülow, Das Geständnisrecht, Freiburg 1899

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 8. Aufl. Jena 1927

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Einleitung und Allgemeiner Theil, Tübingen und Leipzig 1900

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. Jena 1906
- Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB, IherJahrb Bd. 46 (1904) S. 381 ff.

Düringer-Hachenburg, HGB-Kommentar, 2. Aufl. 2. Bd., Mannheim und Leipzig 1910

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893
- Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Fischers Abhandlungen Bd. 2 Heft 4, Jena 1899

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1 Bd. Einleitung - Allgemeiner Teil - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1903

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889

Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 15. Aufl. Tübingen, 1. Halbbd. 1959 2. Halbbd. 1960

Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950

Eilles, Gedanken zur Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts, ZZP Bd. 62 (1941) S. 1 ff.

Ewald, Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, BB 1951 S. 883 ff.

Fischer, Rechtsgeschäftliches Beiwerk (Demonstratio), IhrerJahrb Bd.76 (1926) S. 1 ff.

Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Bd. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München u. Berlin 1958

O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895

Gradenwitz, Anfechtung und Reurecht beim Irrtum, Berlin 1902

Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Antrittsvorlesung, Freiburg 1933

Guthke, Das Wirksamwerden Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Münster 1958

Hamann, Über die Verbindlichkeit der "Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen" (ADSp), MDR 1949 S. 209 ff.

Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1930

Haupt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 12 Heft 105, Leipzig 1937

- Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 124, Leipzig 1941/1943

Haus, Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessenverbänden, Bonn 1936

Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, auch in ArchZivPr Bd. 112 S. 1 ff.

- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932

- Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, Festschrift für O.v. Gierke, Weimar 1911, S. 319 ff.

Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Rechte, IherJahrb Bd. 42 S. 413 ff.

Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, Leipzig 1910

- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Allgemeiner Teil, Berlin 1926

Herschel, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942 S. 753 ff.

Hildebrandt, Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1955 S. 325 ff.

von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936

Hölder, Willenstheorie und Erklärungstheorie, IherJahrb Bd. 58 (1911) S. 101 ff.

Hodum, Die rechtliche Bedeutung der Geschäftsbedingungen, Diss. Halle 1931

Hueck, Normenverträge, IherJahrb Bd. 73 (1923) S. 33 ff.

Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Fischers Abhandlungen Bd. 2 Heft 2, Jena 1899

Jacobi, Ernst, Die Theorie der Willenserklärungen, Fischer Abhandlungen Bd. 20 Heft 2, München 1910

Jacobi, Erwin, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927

Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, IherJahrb Bd. 56 (1910) S. 329 ff.

Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928; Philosophische Vorträge 31

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, IherJahrb Bd. 16 (1878) S. 91 ff.

Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910

Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955 S. 264 ff.

Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930

- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 4. Aufl. München und Berlin 1960

- Vertrag und Unrecht, 1. Teil, Hamburg 1936

Lehmann, Allgemeiner Teil,des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl. Berlin 1958

Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, IherJahrb Bd. 19 (1881) S. 154 ff.

Leonhard, Franz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, ArchZivPr Bd. 120 S. 16 ff.

Leonhard, Rudolf, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 Heft 5, Breslau 1901

- Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907
- Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen, Iher Jahrb Bd. 49 (1905) S. 459 ff.
- Irrtum und Auslegung, Berlin 1918
- Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, Fischers Abhandlungen Bd. 18 Heft 2, München 1909

Michel, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932

Müller-Erzbach, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, IherJahrb Bd. 61 (1912) S. 343 ff.

Naegeli, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1951

Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht, Leipzig 1914
- Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931
- BGB-Kommentar, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927

Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935

Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953

Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115 ff.

Rhode, Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr, Neue Deutsche Forschungen Bd. 172, Berlin 1938

Rümelin, Gustav, Juristische Begriffsbildung, Akademische Antrittsschrift, 1878

Rümelin, Max, Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch, ArchZivPr Bd. 93 S. 131 ff.

Schlegelberger-Hildebrandt, HGB-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. Berlin und Frankfurt/Main 1956

Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, ArchZivPr Bd. 147 S. 130 ff.

von Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, Halle 1908

Senckpiehl, Die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), JR 1950 S. 581 ff.

Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 41, Karlsruhe 1958

Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, ArchZivPrax Bd. 111 S. 1 ff.

Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt am Mai 1957

Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle 1926

- Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911

Staub-Gadow, HGB-Kommentar, 3. Bd. 14. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933

Staudinger-Coing, BGB-Kommentar, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957

Stoldt, Normative Kraft der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) und der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports (ALB) MDR 1951 S. 141 f.

Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz, Festschrift für Heck, Rümelin und Schmidt, S. 60 ff.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878

Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910

Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1. Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914

Vogel, Vertrag und Vereinbarung, Bonn und Köln 1932

Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, 1903

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, ArchZivPrax Bd. 92 S. 1 ff.

Windscheid, Wille und Willenserklärung, Leipzig 1878, ArchZivPrax Bd. 63 S. 72 ff.; und in den "Gesammelten Reden und Abhandlungen", herausgegeben von Oertmann, Leipzig 1904, S. 337 ff.

Würdinger, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen, MDR 1952 S. 129

Zacherl, Neue Wege der Rechtsgestaltung, DR 1934 S. 184 ff.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879

A. EINLEITUNG

I. Aufgabe

Wenn ein Kunde das Formular eines Unternehmers unterschreibt, in dem auf allgemeine Geschäftsbedingungen [1] bezug genommen wird, ist der Geltungsgrund dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen unproblematisch. Sie gelten kraft Rechtsgeschäfts.[2] - Wenn die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen aber nicht wörtlich [3] vereinbart wird, taucht die rechtsdogmatische Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen sie dennoch gelten können.

Obwohl diese Frage seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts immer wieder in Entscheidungen und wissenschaftlichen Abhandlungen erörtert wurde, blieb sie bis heute ungeklärt. Die daraus erwachsende Unsicherheit spiegelt sich in der Rechtsprechung [4] und trat klar zutage in dem Streitgespräch vom 7.9.1955 am Deutschen Juristentag in Berlin [5].

---

1) Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht umstritten. Begriffsumschreibungen sind oft genug unternommen worden. Vgl. z.B. RGZ Bd.58 S.155; Hamelbeck, a.a.O., S.5; Raiser, a.a.O., § 1 III. S.18 ff.; Hodum, a.a.O., S.11; Naegeli, a.a.O., S.1 ff.

2) Ob dieses Rechtsgeschäft ein Vertrag oder eine Vereinbarung in einem engeren Sinne ist, ist umstritten. Vgl. dazu unten B.IV.2.S. 89 ff.

3) Da die Abgrenzungs- und Unterscheidungsmöglichkeit zwischen "ausdrücklich" und stillschweigend" umstritten sind, wird hier der Ausdruck "wörtlich" gewählt. Es fällt darunter jede Vereinbarung mit Worten, sei sie schriftlich oder mündlich.

4) Vor allem in BGHZ Bd.1 S.83 ff., wo sich der Bundesgerichtshof widerspricht. Zuerst erklärt er es für unerheblich, ob der Kunde mit allgemeinen Geschäftsbedingungen habe rechnen müssen(S.85). Wenige Zeilen danach stellt er jedoch die Entscheidung darauf ab, "daß der Kläger in Rechnung stellen mußte". Auf diesen Widerspruch hat bereits Krause (BB 1955 S.266 Fußnote 26) hingewiesen.

5) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955, herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II Sitzungsberichte, Tübingen 1956.

Als der Leiter dieses Streitgesprächs, Duden, zum Schluß das Ergebnis zusammenfaßte, stellte er unter anderem fest, daß "der Tatbestand der Unterwerfung" dogmatisch präzise zu klären sei.[6]

Diese Aufgabe soll im folgenden in Angriff genommen werden. Es soll ein Beitrag geleistet werden zur Klärung der Frage nach dem rechtsdogmatischen Geltungsgrund von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Falle einer fehlenden wörtlichen Vereinbarung ihrer Geltung.

Demnach ist folgender Tatbestand zu untersuchen:

Ein Unternehmen[7] will allen seinen Geschäften mit den Kunden bestimmte allgemeine Geschäftsbedingungen zugrundelegen. Es gibt den Kunden die Möglichkeit, vom Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Zwischen dem Unternehmer und einem Kunden kommt dann ein Vertrag zustande, in welchem die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wörtlich vereinbart wird. Der Kunde will für diesen Vertrag die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vereinbaren. Dies macht er später ohne schuldhaftes Zögern dem Unternehmer gegenüber geltend, sobald dieser äußert, daß die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart sei.

Man kann im Einzelfall darüber streiten, wie die Willenserklärungen der Vertragspartner auszulegen sind.[8] Unbestreitbar ist jedoch, daß hier, soweit nicht ein geheimer Vorbehalt (§ 116 Satz 1 BGB) eingreift,[9] zumindest die Anfechtungsmöglichkeit der §§ 119 Abs. 1, 121, 142 Abs. 1 BGB einer rechtsgeschäftlichen Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegensteht.[10] Es muß daher wundernehmen, daß der mit die-

---

6) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, a.a.O., E 43

7) Auch Kunden stellen zuweilen allgemeine Geschäftsbedingungen auf - z.B. Einkaufsbedingungen. Doch soll in dieser Arbeit lediglich der Fall behandelt werden, daß nur einer der beiden Vertragspartner mit allgemeinen Geschäftsbedingungen arbeitet.

8) Vgl. dazu ausführlich unten B. IV. S. 83 ff. und C. II. 3. S. 106 ff.

9) Vgl. dazu ausführlich unten B. III. 5. c aa S. 66 ff. und C. II. 2. S. 104 ff.

10) Vgl. dazu ausführlich unten B. V. S. 99 und C. II. 3. S. 122ff

ser Arbeit zu untersuchende Tatbestand überhaupt ein rechtsdogmatisches Problem enthält. In der Tat wäre die gestellte Aufgabe kein Problem, wenn die Tendenzen der Wirtschaft mit der Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuches im Einklang ständen.

Die vorliegende Frage ist erst dadurch zum Problem geworden, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches weiterentwickelt haben. Zwar hat es schon damals allgemeine Geschäftsbedingungen gegeben, doch waren sie nicht so weit verbreitet wie heute. Das Kernproblem der gestellten Aufgabe liegt folglich darin, ob und inwieweit die weit verbreitete Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen eine sekundäre Gesetzeslücke geschaffen hat. [11)]

Rechtsprechung und Schrifttum mußten versuchen, die neue Lage mit dem Gesetz zu meistern, deren Schöpfer die genannte Entwicklung nicht vorausgesehen haben. Diese Versuche - insbesondere diejenigen der Rechtsprechung - sollen im folgenden rechtsdogmatisch untersucht werden.

---

11) Vgl. dazu unten D.II. S. 131 ff. - Vor der Erörterung der Lückenfrage war jedoch nach den Grundsätzen der Interessenjurisprudenz eine eingehende "historische Interessenforschung" vorzunehmen.

1. Das Reichsgericht forderte, daß die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen mindestens stillschweigend vereinbart werden müsse.[12] Der Bundesgerichtshof steht auf dem gleichen Standpunkt.[13] Zwar verwendet der Bundesgerichtshof den modernen Ausdruck "Unterwerfung".[14] Er betont jedoch, daß allgemeine Geschäftsbedingungen infolge der beiderseitigen "Unterwerfung", die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen könne, Vertragsbestandteil würden.[15] Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat also an dem rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund festgehalten.[16]

Trotz dieser gleichbleibenden dogmatischen Grundlage schwankt die höchstrichtliche Rechtsprechung, weil sie nicht immer dieselben Anforderungen an das Vorliegen einer Vereinbarung stellt.[17]

In RGZ Bd. 66 S. 40 meinte das Reichsgericht, daß die Üblichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen und die Kenntnis des Kunden von ihrem Bestehen nicht genüge, um sie zur lex contractus zu machen, wenn eine Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluß oder eine vorangegangene besondere Mitteilung fehle. Nach dem vielbeachteten Reichsgerichtsurteil in RGZ Bd. 103 S. 85 hingegen sollen allgemeine Geschäftsbedingungen selbst dann für die einzelnen Abschlüsse maßgebend sein, wenn sie dem Kunden nicht bekannt sind. Voraussetzung sei

---

12) RG in Gruchot Bd. 64 S. 342; RGZ Bd. 52 S. 135; RGZ Bd. 66 S. 40; Bd. 109 S. 304/305; Bd. 112 S. 258 ff.; Bd. 113 S. 426/427; RG JW 1925 S. 780; RG JW 1927 S. 298, S. 441/442 Nr. 8, S. 1467; RG JW 1937 S. 298; RG HansRGZ 1931 B S. 463/464

13) Vgl. BGHZ Bd. 3 S. 203; Bd. 9 S. 3; Bd. 12 S. 139; Bd. 17 S. 2

14) Auch das Reichsgericht hat diesen Ausdruck verwandt.
Vgl. z.B. RG DR 1941 S. 1212
Zu dem Begriff "Unterwerfung" vgl. unten B. IV. S. 89 ff.

15) Vgl. BGHZ Bd. 17 S. 2

16) Eine Sonderstellung nimmt lediglich BGHZ Bd. 1 S. 85 ein, wo der Bundesgerichtshof das Urteil des Kammergerichts in MDR 1950 S. 286 ff. (= JR 1950 S. 600 ff.) bestätigt hat (vgl. Schmid-Loßberg, Anmerkung zu BGH MDR 1951 S. 285).

17) Vgl. die Darstellungen bei Raiser, a.a.O., § 18 II S. 201 ff. und Michel, a.a.O., S. 25 ff.

nur, daß sie ordnungsgemäß veröffentlicht würden und "wohl auch", daß sie nicht solche Bestimmungen enthielten, die eine freiwillige Unterwerfung der Kunden von vorneherein ausgeschlossen erscheinen lasse. Auch müsse die Art und der Umfang des Betriebes des Unternehmers so sein, daß das Publikum nach dem, was zur Zeit üblich sei, mit dem Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu rechnen habe.[18]

Der Bundesgerichtshof ging zunächst noch weiter, indem er es sogar für unerheblich erklärte, ob der Kunde mit allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen muß.[19] Zuletzt meinte der Bundesgerichtshof, eine stillschweigende Unterwerfung unter allgemeine Geschäftsbedingungen könne nur dann angenommen werden, wenn der Kunde wisse oder wissen müsse, daß der Unternehmer seinen Geschäfte allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen pflege.[20]

2) Raiser vertritt die Auffassung, daß diese Rechtsprechung die Grenzen der Auslegung überschritten habe. Denn der bloße Umstand, daß der Unternehmer mit anderen Kunden seine allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren pflege, könne, selbst wenn der Kunde dies wisse, nicht ausreichen, um auch seine Erklärung als Verweisung[21] auszulegen.[22] Es werde nicht auf den erklärten Verweisungswillen abgestellt und das gesetzliche Anfechtungsrecht werde ausgeschaltet.[23]

---

18) Ebenso RG JW 1931 S. 1958; RG JW 1936 S. 2093

19) BGHZ Bd. 1 S.85. Allerdings bleibt unklar, ob der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung an dem rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund der allgemeinen Geschäftsbedingungen festhalten wollte oder ihren Geltungsgrund allein im "normativen Charakter" erblickte.
Vgl. zu dieser Entscheidung oben S.1 Fußnote 4 und S. 4 Fußnote 16

20) Vgl. besonders BGHZ Bd. 9 S.1 ff.; so auch schon RG JW 1927 S.441 f.

21) Unter "Verweisung" versteht Raiser die Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen. "Verweisung" ist also bei Raiser der Tatbestand, der vielfach als "Unterwerfung" bezeichnet wird. Vgl. zu dieser Ausdrucksweise Raisers seine Ausführungen a.a.O., §13 III. Fußnote 3 S.151/152

22) Raiser, a.a.O., § 18 II.2.S.204; vgl. auch Michel (a.a.O., S.36), der die Ansicht äußert, die Rechtsprechung bilde Vermutungen aus.

23) Raiser, a.a.O., § 14 II. S. 157 und § 18 II. 2. S.204

Unter Auswertung der von Manigk begründeten Lehre über die "typisierten Erklärungen mit normierter Wirkung" [24] glaubt Raiser jedoch die Ergebnisse der Rechtsprechung rechtfertigen zu können. Er meint, daß nachgiebiges Gewohnheitsrecht, welches mit "normierender Verkehrssitte" identisch sei, [25] die Verweisung so normiert haben könne, daß es einer Verweisungserklärung nicht mehr bedürfe, um den Kunden an die allgemeinen Geschäftsbedingungen zu binden. In Geschäftszweigen, in denen sich der Gebrauch von allgemeinen Geschäftsbedingungen so eingebürgert habe, daß er im Verkehr als selbstverständlich betrachtet werde, habe sich nachgiebiges Gewohnheitsrecht gebildet, welches die Verweisungserklärungen ersetzen könne. [26] Da die Verweisung hier nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des Kunden beruhe, könne sie dieser nicht durch Anfechtung rückgängig machen. [27]

Besonders interessant ist Raisers Lehre über den Inhalt des nachgiebigen Gewohnheitsrechtssatzes. Die Rechtsnorm, die die Verweisungserklärung des Kunden ersetzt, soll nicht den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen

---

24) Manigk, Irrtum und Auslegung, § 10 II. S. 150 bis 157 und § 15 S. 274; Danach seien die Fälle in den HGB §§ 56, 85, 362, 386 und 652, sowie in den BGB §§ 164 Abs. 2, 370, 2256, 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 415 Abs. 2, 416 Abs. 1, 496, 516 Abs. 2, 612 Abs. 1, 632 Abs. 1, 653 Abs. 1, 689, 568 und 724 "typisierte Erklärungsakte mit normierter Wirkung". Die Wirkung setze in diesen Fällen nicht der Wille des Handelnden, sondern die aus der Verkehrsauffassung erwachsene Norm. Eine Irrtumsanfechtung sei daher ausgeschlossen. Aber nicht nur in den erwähnten gesetzlich geregelten Fällen seien "typisierte Erklärungsakte mit normierter Wirkung" zu finden. Die rechtliche Behandlung ergebe sich im Rechtsleben oft aus der Verkehrssitte.

25) Raiser unterscheidet zwei Arten von Verkehrssitte: Die bloß tatsächliche Übung und die von Rechtsüberzeugung getragene Übung (a. a. O., § 6 III. 2. S. 83). Diese sei mit dem Gewohnheitsrecht identisch (a. a. O., S. 85). Gewohnheitsrecht könne auch nachgiebige Rechtssätze erzeugen und tue dies in den überwiegenden Fällen (a. a. O., S. 86).

26) Raiser, a. a. O., § 14 II. 2. S. 159/160

27) Raiser, a. a. O., § 14 III. 2. S. 161; Siebert (a. a. O., B. III. 2. a und b S. 27 ff.) hält Raisers Gesichtspunkt der normierenden Verkehrsitte - zumindest für den Bereich der Daseinsvorsorge - aus sozialen Gründen (sozial-kollektiver Einschlag und soziale Typizität) für gerechtfertig (a. a. O., S. 31). Die Ausschaltung des § 119 BGB begrün-

betreffen, sondern die Verweisung.[28] Die allgemeinen Geschäftsbedingungen brauchen danach nicht inhaltlich nachgiebiges Gewohnheitsrecht geworden zu sein. Der von Raiser behauptete nachgiebige Gewohnheitsrechtssatz lautet also: "In den Geschäftszweigen, in denen sich der Gebrauch von allgemeinen Geschäftsbedingungen so eingebürgert hat, daß er im Verkehr als selbstverständlich betrachtet wird, hat jeder Vertrag eines solchen Unternehmers mit seinen Kunden die Rechtsfolge, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers gelten". Es sollen demnach auch solche Rechtssätze, die nicht Gewohnheitsrecht sind, kraft Gewohnheitsrechts gelten. Es kommt folglich nach Raiser hinsichtlich der Verweisung nicht darauf an, ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich gerecht oder ungerecht, allgemein üblich oder nicht, billig oder unbillig sind.[29] Andererseits soll diese Konstruktion es ermöglichen, dem Kunden in entsprechender Anwendung der §§ 119 ff. BGB ein Anfechtungsrecht zu gewähren, wenn er sich über den Inhalt der allgemeinen Geschäfts-

---

det er jedoch anders als Raiser: Da Typisierung das Willensmoment aufhebe, habe § 119 BGB im Bereich des Massenverkehrs seinen interessemäßigen Anknüpfungspunkt, den individuellen Willen, verloren. Folglich verlange die Interessenlage eine einschränkende Auslegung des § 119 BGB, wodurch für den Bereich des Massenverkehrs eine Gesetzeslücke entstehe. Diese Lücke müsse durch das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung ausgefüllt werden (a.a.O., S. 32), was dazu führe, daß der im Massenverkehr auftretende den durch sein Verhalten verursachten objektiven Erklärungstatbestand sich zurechnen lassen müsse (a.a.O., S. 30).

28) Raiser, a.a.O., § 16 I. 3. S. 172 und III. 2. S. 177; damit weicht Raiser von der verbreiteten Lehre ab, die darauf abstellt, inwieweit die allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich Handelsgebräuche oder Verkehrssitte geworden sind. Vgl. vor allem Staub-Gadow, a.a.O., § 346 Anm. 9, 17 und 17a; Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 346 Anm. 2 ff. Sie stützt sich auf die §§ 242 BGB, 346 HGB, wonach die Verkehrssitte die Vereinbarungen der Parteien auch dann ergänzen könne, wenn die Parteien sie bei Vertragsabschluß nicht gekannt haben. Vgl. dazu im einzelnen unten D.I. 1.S. 126 ff.

29) Raiser, a.a.O., § 16 III. 2. S. 177

bedingungen irrt.[30]

Die Anwendung des genannten nachgiebigen Gewohnheitsrechtssatzes soll wegen § 157 BGB eine Einschränkung erfahren.[31] Den Eintritt der Rechtsfolge eines Verhaltens, führt Raiser aus, mache die Rechtsordnung oft davon abhängig, ob der Betroffene die Tatsachen, an die das Recht die Folgen knüpfe, gekannt habe oder bei einiger Aufmerksamkeit habe kennen können. Der Grund sei regelmäßig der, daß ihm die Rechtsfolge nur dann zugemutet werden solle, wenn er den Sachverhalt überschauen und sein Verhalten danach einrichten könne. Allerdings mache das Gesetz von diesem Gedanken der Zumutbarkeit keinen durchgängigen systematischen Gebrauch. Auch im Bereich der Rechtsgeschäftslehre habe er im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Bei der echten Auslegung der Verträge gestatte jedoch § 157 BGB seine Anwendung. Aber auch bei der Ergänzung von Verträgen durch nachgiebiges Gewohnheitsrecht müsse angesichts der engen Verwandtschaft mit der Auslegung § 157 BGB [32] entsprechend angewandt werden. [33]

3) Krause [33a] hebt hervor, daß diese Einschränkung aus § 157 BGB den schwächsten Punkt in Raisers Theorie darstelle. Den Kern des Problems bilde nämlich die Frage, wodurch es möglich sein soll, daß fahrlässiges Nichtwissen die Funktion einer positiven Willenserklärung übernehme. So-

---

30) Raiser, a.a.O., § 16 I. 3.S. 172, § 23 II. S.245 ff. Eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit ergibt sich nach Raiser allerdings daraus, daß er die "Verweisung" als eine "Risikoerklärung" im Sinne Siegels (ArchZivPr Bd.111 S.93) auffaßt. Vgl. auch Herschel in DR 1942 S.755

31) Raiser, a.a.O., § 15 S. 162 ff. und in NJW 1952 S. 626

32) § 242 BGB wäre rechtsdogmatisch richtiger, wenn es sich um die Einschränkung der Anwendung ergänzender Verkehrssitte durch Treu und Glauben handeln soll.

33) Raiser, a.a.O., § 15 S. 164; mit dieser Begründung weicht Raiser von der Manigk'schen Lehre, auf die er seine Theorie im allgemeinen gründet, ab. Vgl. seine Ablehnung a.a.O.S.168. Manigk kommt zu demselben Ergebnis mittels der Figur der "fahrlässig bewirkten Erklärung" (vgl. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, §§ 12 und 13 S.208 ff.) Die verkehrsmäßig typisierten Erklärungen sind nach Manigk nur ein Unterfall der "fahrlässig bewirkten Erklärungen". Hier wie dort handle es sich um Zurechnung des durch die Verkehrssitte normierten Erklärungswertes. Das Besondere der Typisierung sei die Endgültigkeit der Zurechnung (vgl. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 285).

wohl die Rechtsprechung als auch Raiser und Manigk versuchten, unvereinbare Elemente zu vereinbaren. Willenserklärung und Verschulden hätten nichts miteinander zu schaffen. Mit der "normierenden Verkehrssitte" sei nichts gewonnen. Denn mit der rein objektiven Größe "Verkehrssitte" lasse sich das subjektive Verschuldenselement als Auswahlprinzip für die von der generellen Verkehrssitte erfaßten Personen genauso wenig vereinigen wie mit der Willenserklärung.[34)]

Ein Verhalten, das eine Willenserklärung nicht enthalte, brauche indessen nicht durch Verkehrssitte oder Fiktion zu einer solchen umgemodelt zu werden. Im Zeitalter der individuellen Vertragsfreiheit, aus dem das Bürgerliche Gesetzbuch stamme, sei es Sache des Unternehmers gewesen, für die Aufnahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag zu sorgen; anderenfalls galten sie nicht. Heute müsse es auf manchen Gebieten - den Gebieten des entpersönlichten Massenverkehrs - Obliegenheit[35)] des Kunden sein, sich über das Bestehen und den Inhalt von allgemeinen Geschäftsbedingungen Gedanken zu machen und ihrer Geltung zu widersprechen, wenn er diese nicht wolle. Die Obliegenheit des Kunden sei zwar nicht vom Gesetz bestimmt. Sie entspringe aber dem, was man heute den "sozialen Kontakt" nenne. Die verschuldete Nichterfüllung der Obliegenheit löse den Nachteil aus, daß die Geltung der vom Unternehmer aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne dahinzielende Willenser-

---

33a) Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955 S. 264 ff.

34) Krause, BB 1955 S. 266/267

35) Die Rechtspflicht ist dadurch gekennzeichnet, daß der Berechtigte gegen den Verpflichteten einen Rechtsanspruch auf Erfüllung und bei Verletzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat. Die Erfüllung einer Obliegenheit hingegen geschieht rechtlich gesehen nur im eigenen Interesse, weil deren Verletzung Rechtsnachteile für den Obliegenheitsbelasteten nach sich zieht. Beispiel: Beweislast, § 254 BGB, § 62 Abs. 2 VVG, § 121 BGB. Ausführlicher über den Begriff der Obliegenheit Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953

klärung des Kunden einträte.[36]

4) Schließlich wird eine Theorie vertreten, welche die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen auf deren "normativen Charakter" zurückführt.[37] Die Begründungen sind bei Hamann und in einem Urteil des Kammergerichts zu finden.[38]

Das Kammergericht hebt hervor, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu bestimmt sind, für gleichartige Vertragsverhältnisse einheitliche, ein für allemal maßgebende Grundsätze aufzustellen, um die Vertragsverhältnisse übereinstimmend zu regeln.[39] Die allgemeinen Geschäftsbedingungen sollen, so führt das Kammergericht weiter aus, als allgemeine Normen eine Vielheit bestehender wie auch künftig abzuschließender Vertragsverhältnisse beherrschen.

---

36) Krause, BB 1955 S. 267/268; Hildebrandt, JR 1955 S. 325 ff. hält Krauses Theorie für richtig. Er macht jedoch die Einschränkung, daß die Obliegenheit zum Widerspruch lediglich bei staatlich kontrollierten Geschäftsbedingungen bestehe. Bei den nicht staatlich kontrollierten allgemeinen Geschäftsbedingungen hingegen sei es Sache der Unternehmer, in besonders deutlicher Form zum Ausdruck zu bringen, daß sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertragsschluß zugrunde legen wollten (Hildebrandt JR 1955 S. 327)

37) Hamann, MDR 1949 f. 209 ff.; KG MDR 1950 S. 286 ff = JR 1950 S. 600 ff.; Senckpiehl, JR 1950 S. 581 ff.; Schmid-Loßberg, MDR 1951 S. 285 ff.

38) Hamann, MDR 1949 S. 209 ff.; KG MDR 1950 S. 286 ff. = JR 1950 S. 600 ff.

39) KG MDR 1950 S. 287; vgl. auch Hamann, MDR 1949 S. 210. Nach Hamann erfüllen die allgemeinen Geschäftsbedingungen schon dadurch die Funktionen und Merkmale einer allgemeinen Norm, daß sie, wie schon das Reichsgericht in RGZ Bd. 81 S. 117 ff. betonte, bestimmt seien, "alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art in den in Betracht kommenden Punkten übereinstimmend zu regeln".

Diese Auffassung habe das Reichsgericht in DR 1941 S.1211 dann dahingehend präzisiert, daß es wenig darauf ankomme, was dem in diese Rechtsordnung freiwillig Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt sei. Das Kammergericht vertritt die Ansicht, das Reichsgericht habe damit entschieden, daß "allgemein gültigen, typischen Geschäftsbedingungen" die Bedeutung eines materiellen Gesetzes im Sinne von Art. 2 EG BGB zukomme. Für diese Annahme des normativen Charakters allgemeiner Geschäftsbedingungen sei allein die Zweckbestimmung der einheitlichen, einen größeren Kreis betreffenden Regelung einheitlicher Tatbestände entscheidend.[40]

Auch Hamann meint, unter Bezugnahme auf RG DR 1941 S. 1211, daß die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Einzelfalle nicht auf Vertrag beruhe. Dies sei bereits die Auffassung des Reichsgerichts gewesen, die in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden habe. Die in RG DR 1941 S. 1211 vertretene rechtsdogmatische Auffassung sei vorher schon von H u e c k in IherJahrb 1923 S. 33 ff. und Raiser S. 52 ff. mit Nachweisen geäußert worden. Die Unkenntnis des Kunden vom Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen sei danach ein unerheblicher Rechtsfolgeirrtum.[41] Die heute herrschende Rechtsquellenlehre stehe dieser Auffassung zwar entgegen. Doch diese Lehre werde weder von Otto von Gierke noch von Kelsen geteilt. Das staatliche Gesetzgebungsmonopol sei ein aus den Quellen totalitären Denkens gespeistes politisches Axiom dessen Berechtigung nicht einhellig anerkannt werde.

---

40) KG MDR 1950 S. 287

41) Hamann, MDR 1949 S. 211; vgl. auch Senckpiehl, JR 1950 S. 581.
Obwohl auch das Kammergericht meint, daß typischen Geschäftsbedingungen die Bedeutung eines materiellen Gesetzes zukomme, fühlt es sich doch genötigt, die Entscheidung darauf abzustellen, daß die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen als Handelsbrauch Anerkennung gefunden hätten (KG MDR 1950 S. 288). Außerdem glaubt das Kammergericht feststellen zu müssen, daß davon auszugehen sei, die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen seien auch Nichtkaufleuten bekannt. Hamann dagegen hält es für eine bedenkliche Finktion anzunehmen, daß Privatleute sich den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen stillschweigend unterwürfen (MDR 1949 S. 210). So auch Stoldt MDR 1951 S. 142

Diese Theorie vom normativen (= allgemein verbindlichen) Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nicht zu verwechseln mit der Lehre von dem faktischen Vertragsverhältnis in der Daseinsvorsorge [42]. Hier soll nämlich das gesamte Vertragsverhältnis durch ein bloß tatsächliches Verhalten des Kunden begründet werden. Die Theorie vom normativen (= allgemein verbindlichen) Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen hingegen setzt einen Vertrag zwischen Unternehmer und Kunden voraus, der durch das objektive Recht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ergänzt werden soll. [43]

Bärmann [44] folgt der Theorie vom normativen (= allgemein verbindlichen) Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Bereich, in welchem nach seiner Auffassung für den Unternehmer eine sogenannte "Betriebspflicht" [45] besteht. Ohne die gesetzesgleiche Geltung der zur Auflage gemachten oder hoheitlich genehmigten Geschäftsbedingungen hätte die Betriebspflicht ihren Wert verloren, da sie durch willkürliche und uneinheitliche Bedingungen illusorisch gemacht würden, meint Bärmann. [46] Daher wohne allen genehmigten oder zur Auflage gemachten Geschäftsbedingungen eine objektive Geltung für jedes einzelne Vertragsverhältnis inne.

---

42) Vgl. BGHZ Bd. 21 S. 319; Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 21 ff.; Larenz, NJW 1956 S. 1897 ff. und Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgem. Teil, § 4 II. S. 31 ff.; vgl. auch die Lehre von Simitis über das "Soziale Vertragsverhältnis der Daseinsvorsorge", wonach die Selbständigkeit sowohl des Kunden als auch des Unternehmers im Rahmen der Daseinsvorsorge aufgehoben sein soll (a. a. O., §§ 18 ff., S. 463 ff., insbesondere § 18 S. 478).

43) Die Frage, ob im Rahmen der Daseinsvorsorge sogenannte "faktische Vertragsverhältnisse" anzunehmen sind, berührt das vorliegende Thema nicht. Denn im hier zu untersuchenden Tatbestand (vgl. oben I. S. 2) ist das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien durch einen Vertrag begründet worden.

44) Bärmann, a. a. O., II. S. 13 ff., auch V. S. 91 ff.

45) Bärmanns Begriff "Betriebspflicht" deckt sich etwa mit "Kontrahierungszwang". Vgl. dazu Bärmann, a. a. O., II. S. 14 ff., V. S. 91 ff.

46) Bärmann, a. a. O., II. S. 14

III. METHODE

Bei der Lösung der gestellten Aufgabe sollen die Grundsätze der Interessenjurisprudenz befolgt werden.[47] Das bedeutet nicht, daß dem gesellschaftlichen Sein rechtsschöpferische Kraft zugemessen werden soll.[48] Die Beziehung zwischen Recht und Wirklichkeit besteht lediglich darin, daß die Wirklichkeit das Objekt des Rechts ist. Allerdings sind die in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorhandenen Interessen kausal für das Recht, wie die Interessenjurisprudenz richtig erkannt hat.[49] Ein Erfolg hat aber in der Regel mehrere Ursachen. So sind die in der äußeren Wirklichkeit gegeneinander kämpfenden Interessen auch nicht die alleinige Ursache für die Entstehung eines bestimmten Normeninhalts. Das Recht wird erst durch die Entscheidung des Rechtsschöpfers[50] bestimmt, welche Interessen inwieweit vom Recht geschützt oder nicht geschützt werden sollen. Diese Entscheidung hat ihre Wurzel nicht nur im gesellschaftlichen Sein, sondern vornehmlich in der Rechtsüberzeugung des Rechtsschöpfers [50].

Die in der Wirklichkeit gegeneinander kämpfenden Interessen selbst enthalten überhaupt keinen Rechtsgedanken. Diese können vielmehr nur aus der Entscheidung des Rechtsschöpfers, aus den mit den Rechtssätzen verfolgten Zwecken gewonnen werden.

Da die Wirklichkeit Objekt des Rechts ist, muß sie allerdings vor der Rechtsentstehung vom Rechtsschöpfer [50] betrachtet, angeschaut worden sein. Der Rechtsetzende wird jedoch seine Rechtsüberzeugung den Machtverhältnissen der Wirklichkeit nicht immer anpassen. Wenn die Wirklichkeit allein das Recht erzeugen würde, so müßten die Sätze des rechtlichen

---

47) Vgl. vor allem Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, auch abgedruckt in ArchZivPrax Bd. 112

48) Simitis (a.a.O., § 2 S. 16 ff.) behauptet, daß die Interessenjurisprudenz dem gesellschaftlichen Sein rechtsschöpferische Kraft zumesse

49) Vgl. z.B. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 1 4. S. 8, 6. S. 17; Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 73 ff.

50) Gesetzgeber oder Gewohnheitsrechtserzeuger

Sollens stets mit den realen Machtverhältnissen übereinstimmen. Machtlage ist jedoch nicht Rechtslage. Das wäre das Ende des Rechts. Es wäre überflüssig, weil die Wirklichkeit schon Recht wäre und eine Ordnung daher nicht mehr erforderte.

Neue Lebensverhältnisse fordern und veranlassen neue Rechtssätze, sie bestimmen sie aber nicht inhaltlich den realen Machtverhältnissen gemäß. Denn die Rechtsüberzeugung des Rechtsschöpfers [50], die bei und während der Betrachtung der Wirklichkeit reift, bildet sich nicht im Wege einer kritiklosen Übernahme der Machtlage, sondern tendiert dahin, die Gerechtigkeit zu verwirklichen. Otto v. Gierke vertritt die richtige Auffassung, daß diejenige Normensetzung, welcher das Streben nach Gerechtigkeit und Richtigkeit nicht immanent ist, sondern welche nur eine Machtlage bestätigen und befestigen soll, begrifflich keine Rechtssätze entstehen lassen könne.[51] Ihnen fehlt ein wesentliches Entstehungselement: die Rechtsüberzeugung.

Gerade die Interessenjurisprudenz fordert eine eingehende "historische Interessenforschung" [52], eine sorgfältige Aufdeckung der für den historischen Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes entscheidenden Rechtsgedanken [53] und sie verlangt eine strenge Bindung des Richters an die in Gesetzesform ausgesprochenen Werturteile der Rechtsgemeinschaft [54]. Selbst bei der lückenausfüllenden Gebotsbildung ist der Richter an die im Gesetz enthaltenen Werturteile gebunden.[55] Eine Abweichung von einem im Gesetz enthaltenen Werturteil ist daher unzulässig. Nur wenn gesetzliche Werturteile schlechthin fehlen, kann eine freie Rechtsfindung in Frage kommen.[56]

---

51) Otto v. Gierke, a.a.O., § 15 II. 8. S.121 Fußnote 33 a. E.

52) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, §1 4. S. 8, §§ 6 ff. S. 59 ff.

53) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, §§ 6 ff. S. 59 ff., insbesondere § 10 5. S. 94 ff.

54) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 2 4. S. 13 ff.; vgl. auch Art. 20 Abs. 3 GG

55) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 16 S. 230 ff.

56) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 16 9. S. 238 f.

Aus vorstehenden Gründen ist die von Simitis entwickelte Theorie des wirklichkeitsgebundenen dynamischen Inhalts der Rechtsinstitute abzulehnen.[57] Die äußere Wirklichkeit als solche ist weder Rechtsquelle noch rechtsetzendes Subjekt. Der gesellschaftliche Entwicklungsprozeß veranlaßt lediglich eine stets neuerliche Betrachtung neuer Lebensverhältnisse und danach die Bildung einer dieses neue Objekt betreffenden Rechtsüberzeugung des Volkes. Diese Rechtsüberzeugung schlägt sich dann in neuen Rechtssätzen - erklärt durch Gesetzgeber oder lange Gewohnheit - nieder. Die äußere Wirklichkeit ist, da sie durch diesen Läuterungsprozeß hindurchgeht, nicht "gestaltend und umgestaltend",sondern lediglich ein sich stets wandelndes Objekt, welches einer steten Beobachtung und Neuregelung durch den Gesetzgeber bedarf. Das wesentliche Entstehungsmoment des Rechts ist nicht eine äußere Wirklichkeit, sondern das Streben des Menschen nach Gerechtigkeit und Ordnung.

Der Inhalt des Rechtsinstituts ist keineswegs dynamisch. Lediglich das Objekt des Rechtsinstituts (= die äußere Wirklichkeit) ist dynamisch und diese Wandlungen des Objekts beeinflussen den faktischen Anwendungsbereich des Rechtsinstituts. Der ihm innewohnende Zweck ändert sich darum jedoch nicht.

Allerdings sind auch die Rechtsanschauungen als solche Wandlungen unterworfen. Den Wandlungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit gehen aber die Wandlungen der Rechtsüberzeugung des Volkes voraus und nicht umgekehrt. Denn der Mensch schafft und gestaltet die gesellschaftliche Wirklichkeit. Wie die rechtlich verbindliche Gesellschaftsordnung aussieht,be-

---

57) Vgl. Simitis, a.a.O., §§ 1 ff. S. 1 ff., insbesondere § 2 S. 32/33: ".... Nicht das Recht entscheidet, welche Rechtsfolgen an die konkret gegebene Wirklichkeit geknüpft werden müssen, sondern die konkrete historisch-gesellschaftliche Wirklichkeit entscheidet über Form und Inhalt des Rechts, der einzelnen Rechtsinstitute. Der Zweck der gegebenen Rechtsordnung ist somit ein durch die historisch-gesellschaftliche Wirklichkeit vorgegebener ...." und § 3 S. 58:" .... Sie (= die soziale Funktion eines Rechtsinstituts) ... paßt sich stets dem sich vollziehenden gesellschaftlichen Entwicklungsprozeß und den aus diesem sich ergebenden Erfordernissen an ...." und § 4 S. 65:"....Die Abwägung (der sich gegenüberstehenden Interessen) ist ... nur eine scheinbare , die Wirklichkeit .... hat ihr Ergebnis im voraus entschieden."
Nach Simitis wären somit die entschädigungslosen Enteignungen

stimmt erst das Recht (vorwiegend Verfassungsrecht), das letztlich seine Wurzel in der Rechtsüberzeugung des Volkes finden muß, um wirksam zu sein.

Zwar kommt es immer wieder vor, daß sich gewandelte Rechtsanschauungen in einer neuen Deutung und Auslegung alter Rechtsnormen niederschlagen, wobei die Rechtsgedanken des historischen Gesetzgebers mißachtet werden. Das ist häufig die Art, in der sich neues Gewohnheitsrecht contra legem bildet. In solchen Fällen kann man aber nicht von richtiger Gesetzesanwendung sprechen. Eine Rechtsanschauung, die dem Rechtsgedanken des Gesetzgebers zuwider läuft und im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, darf aus dem Gesetz nicht begründet werden.

---

im Sowjetzonenstaat "Recht", soweit sie den "Erfordernissen" der dort herrschenden kommunistischen Gesellschaftsordnung entsprechen.

B. GELTUNG KRAFT VEREINBARUNG

I. Die "stillschweigende Vereinbarung" in der Praxis

Das Schwanken der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Frage, unter welchen Voraussetzungen allgemeine Geschäftsbedingungen "stillschweigend" vereinbart sind, findet seine Ursache vor allem in der Unklarheit über die sogenannte stillschweigende Vereinbarung. [58]

Unklarheit und Verschwommenheit der Begriffe fördern Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung. Mit Recht betonte Brandt, daß die stillschweigende Willenserklärung eine der Kulissen ist, hinter der die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung verborgen wird.[59] Dies beweist nicht nur das Schwanken der oben unter A.II.1 S.4/5 dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung sondern auch ein Vergleich mit der Rechtsprechung zum Ausschluß der Haftung des Kraftwagenhalters bei Mitnahme eines Fahrgastes aus Gefälligkeit. Nach BGHZ Bd. 2 S. 159 ff. genügt es nicht, daß der Fahrgast nach der vernünftigen Beurteilung eines durchschnittlichen Menschen mit der Möglichkeit einer Gefährdung "rechnen mußte". Vielmehr setze die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichtes voraus, daß sich der Fahrgast der Gefährdungsmöglichkeit bewußt gewesen sei. Der Bundesgerichtshof begründet diesen Satz damit, daß er sich aus dem Begriff der Willenserklärung ergebe: "Es wäre gekünstelt, dem Fahrgast den Willen zu unterstellen, eine Erklärung des Inhalts abzugeben, daß er auf die Haftung für solche Gefahren verzichten wolle, die er nicht erkannt hat. Die Angabe der ..... Willenserklärung setzt also begrifflich voraus, daß der Fahrgast sich tatsächlich ..... bewußt gewesen ist." [60] Hier drängt sich die Frage auf, wieso es nicht ebenso gekünstelt ist, dem Kunden den Willen zu unterstellen, eine Erklärung des Inhalts abzuge-

---

58) Zwar ist anzuerkennen, daß wir dieser Unklarheit im allgemeinen eine ersprießliche Rechtsfortbildung verdanken. Begrüßenswert ist es aber nicht, daß unser Recht mit Hilfe fragwürdiger oder gar falscher Konstruktionen fortgebildet wird. Vgl. dazu Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, insbes. S. 276/277

59) Brandt, Deutsche Rechtswissenschaft 1940 S. 83

60) BGHZ Bd. 2 S. 163

ben, daß er sich allgemeinen Geschäftsbedingungen unterwerfen wolle, deren Bestehen er nicht gekannt hat. Warum setzt die Unterwerfungserklärung nicht begrifflich voraus, daß der Kunde das Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt, wenn die Haftungsverzichterklärung begrifflich voraussetzt, daß der Fahrgast sich der Gefährdungsmöglichkeit bewußt gewesen ist? Bei diesem Vergleich zwischen BGHZ Bd. 2 S. 163 und BGHZ Bd. 9 S. 1 ff. entsteht notwendig der Eindruck, daß entweder mit zweierlei Maß gemessen wird oder die eigentlichen Begründungen fehlen. - Damit sei eine andere Gefahr angesprochen, die von der Verschwommenheit der Begriffe ausgeht. Sie gibt einer Methode Spielraum, welche praktisch der Freirechtsschule gleich und mit welcher die in der rechtsstaatlichen Verfassung geforderte Treue zum Gesetz [61] mißachtet werden kann, indem an die Stelle einer Begründung der Entscheidung aus dem Gesetz eine - manchmal moralisch begründete - Behauptung tritt, die mit Hilfe eines unklaren Begriffs als Begründung formuliert wird. Der Unbegriff der stillschweigenden Vereinbarung [62] leistet einer solchen Willkürpraxis Vorschub. Wendt betonte, daß in Wirklichkeit das Fehlen einer Erklärung ausgedrückt sei, wenn von stillschweigender Erklärung gesprochen werde. [63] Ähnlich äußerte sich

---

61) Vgl. Art. 20 Abs. 3 GG

62) Larenz (Vertrag und Unrecht, 1. Teil 1936, § 8 II. S. 67 Fußnote 1) nennt die stillschweigende Willenserklärung einen Unbegriff, der ein Schlupfwinkel haltloser Konstruktionen und Fiktionen sei. Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 2) bezeichnete die stillschweigende Willenserklärung als ein schemenhaftes Gebilde, von dem nicht gesagt werden könne, was es sei.
Ehrlich (Die stillschweigende Willenserklärung S. 277) hielt die stillschweigende Willenserklärung für den chameleontischesten aller Begriffe.
Rocholl (Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. VI S. 79) meinte, daß die stillschweigende Willenserklärung ein dunkler Ausdruck sei.

63) Wendt, ArchZivPr Bd. 92 S. 241

Manigk.[64] Wenn die Äußerungen von Wendt und Manigk auch Übertreibungen darstellen, so enthalten sie doch folgende richtige Erkenntnis: Die Wendung, daß etwas stillschweigend erklärt oder vereinbart sei, ist keine Begründung, sondern eine Behauptung, die der Begründung bedarf. Denn die juristische Entscheidung ist mit dem Gesetz zu begründen und nicht mit leeren Worten.

---

64) Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 2/3) schrieb wörtlich: "Wo eine ausdrückliche Willenserklärung nicht vorliegt, wo man aber die Wirkungen doch rechtsgeschäftlich qualifizieren will, dort wird die stillschweigende Willenserklärung eingeführt, eine von allen beschworene, von keinem recht erfaßte Größe, deren praktischer Umlaufswert in einem bezeichnenden Gegenstand nicht zu ihrem wahren Metallwert, der sich bei der Einlösungsstelle wissenschaftlicher Kritik als gleich Null herausstellen muß".

II. DIE VEREINBARUNG ALS RECHTSDOGMATISCHER GELTUNGSGRUND

Die Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen in dem unter A.I. S.2 umschriebenen Tatbestand eine Vereinbarung zwischen Unternehmer und Kunden zu finden ist, kraft welcher die allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten.

1. Der Vereinbarungsbegriff

Der Begriff der Vereinbarung, so wie die privatrechtlichen Gesetze ihn gebrauchen, deckt sich nicht ganz mit dem des Vertrages. Ein Vertrag enthält meist mehrere Vereinbarungen. Dies wird besonders deutlich in den §§ 154 Abs. 1 Satz 1, 155 BGB. Aber auch an anderen Stellen verwendet das Gesetz den Ausdruck "Vereinbarung", wenn die in einem Punkt übereinstimmenden Willenserklärungen einen Teil des Vertrages bilden.[65]

Andererseits geht daraus hervor, daß die Vereinbarung als Bestandteil des Vertrages diesem wesensgemäß entsprechen muß. Unter Vereinbarung verstehen die privatrechtlichen Gesetze also Willenserklärungen[66], die von Vertragspartnern zu einem Punkt des Vertrages gegenseitig abgegeben werden.

---

65) Vgl.z.B. BGB §§ 248, 391 Abs.2, 399, 405, 419 Abs.3, 503 Abs.1, 506, 507 Satz 2, 612 Abs.1, 632 Abs.1, 653 Abs.1, 689, 699, 700 Abs.2, 705, 706 Abs.1 707, 716 Abs.2, 1117 Abs.2, 1136, 1229, 1258 Abs.2 Satz 2, 1363 Abs.1, 1411 Abs.1, Satz 2 und Abs.2 Satz 1, 1415, 1421 Satz 1, 1474, 1438 Abs.1, 1714; EheG § 72; HGB §§ 25 Abs. 2, 59 Satz 2, 60 Abs. 2, 63 Abs.2 Satz 2, 67 Abs.3 und 4, 74 Abs. 1, 74 a Abs.2 Satz 3, 75 Abs. 1, 75 c Abs.2, 75 f, 76 Abs. 1 Satz 2, 85 Satz 1, 85 Satz 1, 87 a, 87 b Abs.1, 89 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1, 90 a Abs.1 Satz 1, 158; ZPO §§ 1025, 1027 Abs.1 Satz 1, 1048
Unklar bleibt das Betriebsverfassungsgesetz mit dem Begriff "Betriebsvereinbarung" (vgl. amtliche Begründung zum BetrVerfG S.10; Dietz, Komm.zum BetrVerfG § 52 Anm.II 1 b). Aber auch dieses Gesetz verwendet in § 52 Abs.1 Satz 1 den Ausdruck "vereinbart" in dem allgemein üblichen im Text gekennzeichneten Sinn: "... es sei denn, daß etwas anderes im Einzelfalle vereinbart ist".

2. Die Vereinbarung als Rechtfertigung für die Theorie der rechtsgeschäftlichen Unterwerfung

Die Wissenschaft arbeitet zum Teil mit einem anderen Vereinbarungsbegriff. Danach soll die Vereinbarung nur aus inhaltlich gleichen gegenseitigen Willenserklärungen bestehen, der Vertrag im Gegensatz dazu nur einander ergänzende Willenserklärungen enthalten.[67] Ein Beispiel für eine solche Vereinbarung im engeren Sinn ist die Vereinsgründung.

Herschel glaubt, diesen Begriff für das Wesen des sogenannten Unterwerfungsgeschäfts fruchtbar machen zu können.[68] Er meint, die Unterwerfung unter eine Vertragsordnung sei dogmatisch betrachtet kein Vertragsschluß, sondern eine - meist in einen Vertrag eingebettete - Vereinbarung besonderer Natur; sie sei schon deshalb kein Vertrag, weil die Beteiligten inhaltlich gleiche Erklärungen abgäben. Diese Konstruktion soll die Theorie untermauern, daß abstrakte Vertragsordnungen

---

66) Ausnahmen: §§ 151, 181 BGB. Vgl. dazu unten III. 2. d cc S.45, insbesondere Fußnote 147

67) Diese Unterscheidung wurde von Binding (Gründung des Norddeutschen Bundes, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888 S.69 ff.) eingeführt und vor allem von Triepel (Völkerrecht und Landesrecht 1899, S.49 ff.) und Kormann (System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910, S.44 ff.) auch für das Privatrecht empfohlen. Vgl. auch Vogel, Vertrag und Vereinbarung, 1932 und H. Lehmann, a.a.O., § 25 I.2. a und d. Dieser Vereinbarungsbegriff wird auch auf die Verständigung von Organen, Behörden oder Gesamtvertretern untereinander ausgedehnt. Vgl. vor allem Erwin Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts 1927, S.265 ff.

68) Herschel, Anmerkung zum Reichsgerichtsurteil vom 31.3.1941 in DR 1941 S.1728.
In seinem Aufsatz "Die Vertragsordnung als Rechtsnorm" in DR 1942 S. 753 ff. bezeichnet Herschel das Unterwerfungsgeschäft allerdings als einen Gesamtakt (DR 1942 S.755). Gesamtakt und Vereinbarung im engeren Sinn sind indessen nicht identisch. Vgl. z.B. Triepel, a.a.O., S.59 ff. Der Gesamtakt verlangt nicht nur inhaltlich gleiche, sondern darüber hinaus gleichgerichtete Willenserklärungen (vgl. Heck, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des BGB, Festschrift für O. v. Gierke, 1911, § 27,

wie z.B. allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsinhalt werden, sondern als objektive Rechtsnormen durch Rechtsgeschäft in Kraft gesetzt werden. [69]

Die privatrechtlichen Gesetze treffen nicht die von Binding eingeführte Unterscheidung zwischen Vertrag und Vereinbarung. Das erhellt aus § 705 BGB, der den Vertragsbegriff eindeutig auf inhaltlich gleiche Willenserklärungen anwendet. Vor allem aber wird der Begriff der Vereinbarung auch für gegenseitig ausgetauschte Willenserklärungen gebraucht, die sich zu einem einheitlichen Erfolg ergänzen. [70]

Für die vorliegende Untersuchung kann es zunächst nicht entscheidend sein, ob die Willenserklärungen die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Inhalt haben oder ob sie auf die Inkraftsetzung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet sind. Denn in beiden Fällen können sie die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen den Vertragspartnern begründen. Die erste Möglichkeit darf nicht von vornherein ausgeklammert werden. Der Vereinbarungsbegriff Bindings ist deshalb für die vorliegende Untersuchung ungeeignet. Es kommt hier nur darauf an, ob und unter welchen Voraussetzungen Unternehmer und Kunde überhaupt gegenseitig Willenserklärungen abgeben, die auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet sind.

28, insbesondere § 27 S. 355). Im Unterwerfungsgeschäft aber werden die Willenserklärungen gegenseitig abgegeben, auch wenn sie sich inhaltlich decken sollten.

69) Vgl. RG DR 1941 S. 1212; Eilles, ZZP Bd. 62 S. 1 ff.; dazu ausführlich unten IV. 2.S. 89 ff. und C. II. 4. S. 114 ff.

70) Vgl. z.B. BGB §§ 154, 155, 248, 391 Abs.2, 505 Satz 2, 612 Abs. 1, 632 Abs.1, 689, 699, 700 Abs. 2

3. Vereinbarung und Willenserklärung

Das Problem stellt sich nicht bloß als eine Auslegungsfrage dar. Soll die entscheidende Willenserklärung des Kunden in seinem Schweigen gefunden werden, so fehlt ihm nicht nur der Geschäftswille, sondern sogar das Erklärungsbewußtsein. Denn die Vertragserklärungen zu den Hauptpunkten des Vertrages sind mit der Vereinbarung über die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht identisch.[71)]

Abgesehen davon ist die Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte von der Theorie über die Willenserklärung schwer trennbar, insbesondere wenn nicht nur der Sinn einer Willenserklärung problematisch ist, sondern erst geklärt werden muß, ob die Willenserklärung überhaupt vorliegt.

Die Beantwortung der gestellten Frage hängt demnach davon ab, was unter Willenserklärung zu verstehen ist.

---

71) Dazu ausführlich Guthke, a.a.O., S. 77

III. DER BEGRIFF DER WILLENSERKLÄRUNG

Das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung. Die Kommission für die zweite Lesung des BGB-Entwurfs war sich darüber einig, daß über die Frage, was als sogenannte stillschweigende Willenserklärung zu gelten habe, nicht entschieden worden sei.[72] Gerade sie liegt aber an der umstrittenen und in unserem Zusammenhang interessierenden Grenze zum nicht rechtsgeschäftlichen Verhalten. Es wurde also eine klare Abgrenzung zwischen Willenserklärung und nicht rechtsgeschäftlichem Verhalten unterlassen. Die Wissenschaft sollte in keiner Weise behindert sein, den Begriff der Willenserklärung in freier Weise zu entwickeln.[73] Es wäre daher müßig, untersuchen zu wollen, zu welcher Theorie das Bürgerliche Gesetzbuch sich bekennt. Das Bürgerliche Gesetzbuch bekennt sich zu keiner Theorie.[74] Die Kommission beschloß vielmehr, die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen, ohne zu der einen oder anderen Theorie positiv Stellung zu nehmen.[75] Der Ge-

---

72) Prot. VI S. 126/127

73) Prot. I S. 130

74) Vgl. Denkschrift zum BGB-Entwurf V. 1 S. 20 (bei Mugdan I.Bd. S. 832): "Der Entwurf hat den Einfluß der Willensmängel auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern lediglich nach praktischen Gesichtspunkten, die den verschiedenen in Betracht kommenden Interessen tunlichst gerecht werden."
Der Meinungsstreit zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie wird als bekannt vorausgesetzt. Vgl. dazu vor allem die ausführliche Behandlung des Theorienstreits bei Henle (Vorstellungs- und Willenstheorie, Leipzig 1910) und die kritische Stellungnahme dagegen bei Hölder (Willenstheorie und Erklärungstheorie, IherJahrb Bd. 58 S. 101 ff.).

75) Prot. I S. 94; die Vielfalt der zum Begriff der Willenserklärung vertretenen Auffassungen ist für eine übersichtliche Darstellung ungeeignet. Vgl. den diesbezüglichen Versuch von Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft, §§ 4 bis 18 S.27 bis 150), der trotz seines Umfangs nicht vollständig ist. Die verschiedenen Lehren werden daher im Laufe der Arbeit nach systematischen Gesichtspunkten jeweils dort erörtert werden, wo sie die im Text vertretene Auffassung durch Übereinstimmung oder Abweichung berühren.

setzgeber hat sich damit begnügt, Interessen gegeneinander abzuwägen und auszugleichen.[76]

1. Methode der Begriffsbildung

Was das Gesetz nicht enthält, kann ihm nicht entnommen werden. Im Wege der Begriffsbestimmung kann man nicht neue Rechtssätze schaffen. Der Begriff kann nur etwas Vorhandenes sichtbar machen. Denn er ist nur ein Werkzeug des Geistes, das Ordnung und damit Übersicht schafft. Der Gegenstand, der durch Begriffe sichtbar und begreiflich gemacht wird, bleibt unverändert.[77] - Daraus folgt, daß Gesetzesausle-

---

76) Vgl. z.B. die Erwägungen in Prot. I S. 106; damit bestätigt sich auch an diesem Beispiel die Erkenntnis Hecks, daß die Gesetze normalerweise die Resultanten gegenübertretender Interessen sind (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 17).
Trotzdem verwendet der Gesetzgeber die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung und legt hierfür zugestandenermaßen den willenstheoretischen Willenserklärungsbegriff zugrunde. Vgl. Prot. I S. 130, wo auf den in den Motiven I S. 126/127 dargelegten willenstheoretischen Begriff bezug genommen wird. Das Reichsgericht stellte in RGZ Bd. 68 S. 324 fest, daß der willenstheoretische Begriff dem Bürgerlichen Gesetzbuch unzweifelhaft zugrundeliege.

77) So schon Paulus (1. 1 Dig. 50, 17, 1): "Non ex regula ius sumatur, sed ex iure ,quod est, regula fiat".
Vgl. Stoll, a.a.O., S. 60 ff., insbesondere S. 69 und 99; Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, S. 68: "Der Begriff ist nicht der Erzeuger des positiven Rechtsinhaltes, aber das unentbehrliche Mittel für ,,,,, seine verstandesmäßige, systematische Erfassung und Einordnung".
Heck (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 62) unterscheidet Sollbegriffe, Seinsbegriffe und Ordnungsbegriffe. Die Ordnungsbegriffe haben die Sollvorstellungen des Gesetzgebers zum Inhalt - wenn auch in zuweilen anderer Gliederung und Systematik als im Gesetz -, die Sollbegriffe sind Inhalt der Rechtssätze. Damit will Heck vermutlich sagen, daß die Sollbegriffe nicht Rechtssätze zum Gegenstand haben, sondern die Rechtssätze selbst sind und als solche gegeneinander abzugrenzende Interessen zum Gegenstand haben. Die Seinsbegriffe endlich haben die tatsächlichen Lebensvorgänge zum Gegenstand. - Auch die Sollbegriffe Hecks können keine Normen schaffen. Sie sind lediglich ein Werkzeug des Gesetzgebers, die Normierungsprobleme zu lösen. Der Begriff kann nur eine Funktion haben: die Ordnungsfunktion.

gung und Begriffsbestimmung zwei zusammenhängende, aber doch verschiedene Probleme sind.[78] Eine zutreffende und zweckmäßige Begriffsbestimmung ist nur möglich, wenn zuvor die sachlichen Entscheidungen des Gesetzes erkannt sind. Die Subsumtion muß unter den Inhalt der Rechtssätze erfolgen.[79] Die Rechtsbegriffe sollen nur die Subsumtion erleichtern.[80] Dieser Aufgabe wird die Begriffsbildung umso besser gerecht, je deutlicher sie die sachlichen Entscheidungen des Gesetzes sichtbar macht. Da das Gesetz bestimmte Zwecke verfolgt und Interessenkonflikte entscheidet, können seine sachlichen Entscheidungen umso sichtbarer gemacht werden, je deutlicher die Zwecke des Gesetzgebers herausgearbeitet, die Interessenkonflikte und deren gesetzliche Lösung aufgezeigt werden. Die Zwecke des Gesetzes müssen deshalb die Begriffsbildung bestimmen. An den Rechtsgedanken des Gesetzes müssen sich die Rechtsbegriffe orientieren.[81] Im folgenden ist also zunächst der Zweck festzustellen, den das Gesetz mit dem Rechtsinstitut Willenserklärung verfolgt, und es sind die Interessenkonflikte zu erkennen, die durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Willenserklärung angesprochen werden. Dann ist darzustellen, wie das Gesetz diese Interessenkonflikte entschieden hat, damit schließlich der Begriff der Willenserklärung durch den Rechtsgedanken bestimmt wird, den das Gesetz zu verwirklichen sucht.

---

78) Vgl. zur Gesetzesauslegung und zum Problem der Gesetzeslücke oben A. III S. 13 ff. und unten D. II S. 131 ff.

79) Vgl. Stoll, a.a.O., S. 90/91; Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 151 ff.

80) Vgl. Stoll, a.a.O., S. 90/91

81) Vgl. G. Rümelin, a.a.O., S. 13 ff., insbesondere S. 17; recht eindringlich Müller-Erzbach, a.a.O., insbesondere S. 381

2. Privatautonomie

Die Rechtssätze, aus denen der Begriff der Willenserklärung gewonnen werden muß, sind vornehmlich solche, die als selbstverständlich einer Erwähnung im Gesetzestext nicht bedürfen , ferner vor allem die §§ 116ff. BGB.

a) Sinn der Vertragsfreiheit

Als selbstverständlich betrachtet der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Rechtsordnung gestattet, daß jeder seine Lebensverhältnisse auch in rechtlicher Beziehung grundsätzlich selbständig, nach eigenem Wunsch gestaltet. Dies bezeichnet man kurz als Ermächtigung des Gesetzes zur Privatautonomie, also zur Selbstrechtsetzung.[82] Schmidt-Rimpler tadel eine solche Auffassung von der Vertragsfreiheit.[83] Er meint, der Sinn des Vertrages bestehe nicht darin, dem einzelnen die Gestaltung seiner Verhältnisse derart zu überlassen, daß er beliebig darüber bestimmen könne, auch nicht mit der Einschränkung, daß er sich dabei an die Gemeinschaftsordnung zu binden habe; der Sinn des Vertrages sei nicht Willensherrschaft, nicht Ermächtigung zur Selbstrechtsetzung, sondern der Vertrag sei ein Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung eine "richtige" [84] Regelung herbeizuführen. Man solle nämlich von Rechtsetzung nur dann sprechen, wenn der Rechtsetzende die Regelung nach dem Gedanken sachlicher Richtigkeit treffen wolle. Das verlange die Idee der Rechtsetzung.[85]

Dem Willen des einzelnen werde wenig Freiheit gegeben, weil er an die Zustimmung des in entgegengesetzter Richtung interessierten Vertragsgeg-

---

82) Vgl. vor allem Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, insbesondere § 3 S.27 ff., § 7 S.93 ff. und § 8 S.102 ff.; v. Hippel, a.a.O., insbesondere S.71

83) Schmidt-Rimpler, ArchZivPrax Bd.147 S. 151 ff.

84) Unter "richtig" versteht Schmidt-Rimpler gerecht, hilfsweise zweckmäßig (vgl. a.a.O., S.132 f); vgl. auch Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle 1926; Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, S. 134 ff.

85) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 161; vgl. auch Otto v. Gierke (a.aO., § 15 II. 8. S.121 Fußnote 33), welcher ausführt, daß die Gerechtigkeitsidee dem Begriff des Rechts immanent sei.

ners gebunden sei.[86] Da sich Vorteil und Nachteil auf beiden Seiten gegenüber stünden, sei eine gegenseitige Einwirkung zum Richtigen hin verbürgt.[87] Dies nennt Schmidt-Rimpler "Richtigkeitsgewähr". Er erkennt, daß eine Willensübereinstimmung, die nicht auf beiderseitiger Wertung und Abwägung beruht, zu keinem richtigen Ergebnis führt. Der Vertrag ist daher nach Ansicht von Schmidt-Rimpler bei Massenverträgen mit allgemeinen Geschäftsbedingungen kein geeignetes Ordnungsmittel.[88]

Die von Idealismus getragene Arbeit Schmidt-Rimplers ist mehr rechtspolitischer als rechtdogmatischer Natur.[89] Sie will Fehler aufdecken, die der Gesetzgeber gemacht hat. Schmidt-Rimpler führt selbst aus, daß der liberale Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches auch Willenseinigungen ohne Richtigkeitsgewähr als Verträge ansieht.[90] Dies bestätigen zum Beispiel die §§ 138 Abs. 2, 343 BGB. Vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus betrachtet, schlagen die Argumente Schmidt-Rimplers folglich nicht durch. Doch zeigt seine Arbeit deutlich, wie unbefriedigend die Lehre von der stillscheigenden Unterwerfung unter allgemeine Geschäftsbedingungen für eine Rechtswissenschaft sein muß, die das Recht an der Gerechtigkeit auszurichten bestrebt ist.

So berechtigt der rechtspolitische Tadel Schmidt-Rimplers auch ist, so wenig darf verkannt werden, daß sein Gerechtigkeitsideal des richtigen Vertrages schwer erreichbar ist. Jedenfalls ist die Privatautonomie geltendes Recht. Sie gehört zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Problematisch ist nur die Rolle, die der Willenserklärung im Verhältnis zur Privatautonomie zukommt. Die Willenserklärung ist das Mittel des einzelnen, seine Privatautonomie zu nutzen, denn sie dient dazu, sei-

---

86) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 157
87) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 152/153
88) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 157 ff. Fußnote 34
89) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 130 ff.
90) Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 157

nem Willen tatsächlich und rechtlich Geltung zu verschaffen. Die Rechtsfolge des Tatbestandes "Willenserklärung" hat also den Zweck, den Willen des autonomen Rechtssubjekts zu verwirklichen.[91] Die Rechtswirkung soll eintreten, weil sie gewollt ist.[92] Denn der Zweck der Privatautonomie wird nur dann erreicht, wenn die Rechtsfolge der Willenserklärung durch den Willen ihres Urhebers bestimmt wird.[93] Daraus folgt, daß die Privat-

---

91) Das leugnet Jerusalem, a.a.O., S. 422 ff. Die Unrichtigkeit der Willenstheorie, so meint er, liege auf der Hand (S. 429). Der Mensch sei in erster Linie Kollektivum und regelmäßig nicht echtes Individuum (S. 430). Echtes Individuum sei der Mensch nur insoweit, als er sich gegenüber der Gemeinschaft emanzipiere und sich zum Träger eines eigenen geistigen Lebens mache (S. 214). Der Mensch sei daher regelmäßig nur ein formelles Individuum. Jerusalem verkennt, daß ein Wille auch dann rechtserheblich und begriffswesentlich sein kann, wenn sein Träger seine Gemeinschaft nicht verleugnet. Wenn der Mensch sein Leben - unter anderem durch Vertragsschlüsse - selbständig gestaltet, muß er sich nicht zum Träger eines geistigen Lebens machen, das ihm von der Gemeinschaft deutlich abhebt. Die geistige Grundhaltung des Menschen wird allerdings regelmäßig von der Gemeinschaft beeinflußt sein. Diese Tatsache hat aber mit der Existenz eines rechtsgeschäftlichen Willens nichts zu tun.

92) Vgl. Mot. I S. 126/127; RGZ Bd. 68 S. 324;
v. Hippel, a.a.O., § 5 S. 58 ff., insbesondere S. 71;
Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 146/147
Reinhardt (a.a.O., S. 115 ff.) betont die Gemeinschaftsgebundenheit des einzelnen auch im Rahmen der Privatautonomie. Er erkennt jedoch an, daß die private Initiative als Gestaltungskraft unverzichtbar ist, wenn Persönlichkeit sein soll (a.a.O., S. 131). Beschränkungen werden der Privatautonomie durch die §§ 134, 138 BGB auferlegt. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchungen geht es nicht um die Beschränkungen der Privatautonomie, die angesichts Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 2 GG Ausnahmen bleiben müssen, sondern um den Grundsatz, der der Anerkennung der Rechtseinrichtung "Willenserklärung" zugrunde liegt.

93) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 143

autonomie nur dort lebt, wo sachlich [94] an dem Geschäftswillen angeknüpft wird.

Es gibt daher nicht verschiedene Arten von Privatautonomien, in denen der Geschäftswille fingiert wird, wie Manigk meint.[95] An anderer Stelle führt Manigk selbst aus, das Wesen der Privatautonomie ergebe mit Notwendigkeit, daß alle von der Rechtsordnung gewährten, der Privatautonomie untergeordneten Institute dadurch charakterisiert seien, daß sie dem einzelnen dazu dienen, seinem Willen gemäße Rechtsgestaltungen vorzunehmen.[96] Einem nicht vorhandenen Willen kann indessen kein Rechtsinstitut dienen.

b) Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens

Nun interessiert noch die Art des rechtsgeschäftlichen Willens, an den die eine Privatautonomie gewährende Rechtsordnung anknüpfen muß. Es war umstritten, ob der Wille inhaltlich auf eine Rechtswirkung gerichtet sein muß, [97] oder ob es genügt, daß er sich auf eine tatsächliche Gestaltung der Lebensverhältnisse bezieht. [98] Im letzterwähnten Fall stände, um den veranschaulichenden Vergleich von Enneccerus zu gebrauchen, das Rechtssubjekt der Rechtsordnung in ähnlicher Weise gegenüber wie ein Kind dem Vater, wenn es ihm nur seinen Wunsch und nicht das Mittel zur Befriedigung ausdrückt, so daß dann der Va-

---

94) Es soll nicht behauptet werden, daß es keine Privatautonomie mehr geben könne, wenn die Rechtsfolge nur an die Erklärung geknüpft wird. Da der Erklärung regelmäßig der erklärte Wille zugrunde liegt, kann man den Grundsatz der Privatautonomie auch dadurch wahren, daß die Rechtsfolge gesetzestechnisch an die Erklärung geknüpft wird. So ähnlich Rohde, a.a.O., S. 27 und S. 32

95) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, § 12 S. 208 ff.

96) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, § 8 S. 102; damit soll nicht bestritten werden, daß die Verkehrssitte das Rechtsgeschäft ergänzen kann. Dabei handelt es sich aber nicht um Privatautonomie.

97) Jetzt allgemein anerkannt; vgl. vor allem Mot. I S. 126/127; RGZ Bd. 68 S. 324/325; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 1. Fußnote 4, S. 896; Staudinger-Coing, § 104 E 17; H. Lehmann, a.a.O., § 24 I. S. 128

98) So Lenel, IherJahrb Bd. 19 S. 154 ff.; Danz, a.a.O., S. 7ff; Thon, a.a.O., S. 358 ff.; Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, S. 2 ff.

ter seinerseits das passende Mittel aussucht.[99]

Das Wollen einer rechtlichen Bindung ist erforderlich, um das Rechtsgeschäft von anderen Verabredungen und Geschäften zuverlässig abzugrenzen. Der Kauf zwischen Dieb und Hehler ist kein Rechtsgeschäft, sondern das Gegenteil hiervon. Die Einladung zum Mittagessen ist eine gesellschaftliche Verabredung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter, weil der Wille zur rechtlichen Bindung fehlt. Wenn die Theorie vom lediglich tatsächlichen Gestaltungswillen [100] richtig wäre, müßte konsequenterweise jede gesellschaftliche Einladung einen schuldrechtlichen Vertrag darstellen.[101]

Trotzdem ist dieser Theorie zu danken, daß sie die Aufmerksamkeit auf diejenige Richtung des Parteiwillens gelenkt hat, die für den Erklärenden im Vordergrund steht: Die tatsächliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse.[102] Der rechtsgeschäftliche Wille ist also in aller Regel doppelgleisig. Dabei wird nicht verkannt, daß die tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse unter Umständen ausschließlich Beweggrund für den Rechtsfolgewillen sein kann, so daß der Inhalt der Willenserklärung sich in diesen Fällen nur auf die Rechtsfolge bezieht.

---

99) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, § 5 c I. S. 37

100) Lenel nannte sie "Die naturalistische Theorie" (a.a.O., S. 195)

101) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 27 ff.

102) Vgl. Staudinger - Coing, § 104 E 16; vgl. auch § 140 BGB

c) Die Geltungstheorie

Die Eigenschaft des rechtsgeschäftlichen Willens, auf eine rechtliche Bindung gerichtet zu sein, wird neuerdings von der Geltungstheorie besonders hervorgehoben.[103] Von dieser Eigenschaft des Geschäftswillens glaubt sie auf seine rechtliche Unerheblichkeit schließen zu können.

Die ausführlichste Begründung ist bei Larenz zu finden. Er meint, die Willenserklärung sei nicht die Aussage über eine Tatsache, weil dieser das Moment der Bindung fehle. Das Versprechen besage somit nicht das Dasein eines Wollens, sondern es ziele auf Geltung ab. Wollen sei vergänglich, gelten sei endgültig. Nicht einen psychischen Vorgang zu offenbaren, sondern dem Inhalt eines Wollens den Charakter der Endgültigkeit zu verleihen, sei der Sinn des Versprechens.[104]

Wollen unterscheide sich vom Wünschen dadurch, daß man das erste durch eigenes Tun zu verwirklichen trachte. Der Erklärende könne die erstrebte Rechtsfolge somit ebensowenig wollen, wie er wollen könne, daß die Sprache einem bestimmten Worte eine bestimmte Bedeutung verleihe. Gewollt werde nur die Erklärung und diese könne sich nicht selbst zum Gegenstande haben.[105] Im Falle des § 119 BGB handle es sich um einen "in Wahrheit nicht bestehenden Willen".[106]

---

103) Zuerst Bülow, a.a.O., S. 125; sehr eingehend Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 2. Teil S. 34 ff.; zustimmend Rhode, a.a.O., S. 27; mit etwas abweichender Begründung Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 2. und 3. S. 898 ff. und § 164 II. 3. S. 1023 f., obwohl Nipperdey an anderer Stelle die Ansicht vertritt, daß die Durchführung des menschlichen Willens den Grund der Anerkennung des Rechtsgeschäftes bilde (a.a.O., § 145 II. S. 895). Zustimmend zu Nipperdey: Wieacker in JZ 1956 S. 294; vgl. auch Endemann, a.a.O., § 64 I. a S. 293.

104) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäftes, S. 42 ff., insbesondere S. 43

105) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 48/49

106) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 68

Nipperdey weicht in der Begründung der Geltungstheorie von Larenz etwas ab. Er vertritt die Ansicht, daß das Wollen einer Rechtsfolge mit ihrem Vollzug eine Wesenseinheit bilde.[107] Darum sei nicht der "rein innere Wille", sondern der "im Erklärungsakt vollzogene Wille" Grund der rechtsgeschäftslichen Rechtsfolge.[108] In Irrtumsfällen sei nicht das durch die Erklärung geschaffene Vertrauen Grund der Rechtsfolge, sondern der Gestaltungs- oder Geltungswille, weil er sich auch hier in der Erklärung verwirkliche.[108] Durch eine Anfechtung nach § 119 BGB werde der Willensvollzug lediglich ungeschehen gemacht.[109]

Die Geltungstheorie benennt also den Geschäftswillen in einen Wunsch um und folgert hieraus, daß er rechtlich unbeachtlich sein müsse. Wenn aber die Erklärung auf eine rechtliche Bindung gerichtet ist, so erhält sie diese Richtung dann auch nur von einem "Wunsch" des Erklärenden.

Larenz führt folgerichtig aus, daß auch die rechtliche Bindung nicht gewollt sein könne, da der Wille vergänglich und nicht endgültig sei.[110] Hier drängt sich aber die Frage auf, weshalb die rechtliche Bindung dennoch so erheblich sein soll. Wenn die rechtliche Bindung durch das Gesetz eintritt, obwohl sie nach Larenz nicht gewollt, sondern nur gewünscht ist, so bleibt zu fragen, weshalb nicht auch der Inhalt des "Wunsches", an den sich der Erklärende zu binden "wünscht", genauso erheblich ist wie die Bindung.

---

107) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 164 II.3. S. 1024

108) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 2. S. 898 und § 164 II. 3. S. 1024

109) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 164 II. 3. S. 1024

110) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S.43, vgl. auch S. 53 ff., insbesondere S. 88; anders Nipperdey (vgl. oben S.44) und Rhode, der von einem Anordnungswillen schreibt (a.a.O., S.30). Larenz verkennt, daß der vergängliche Wille seinem Inhalt nach auf etwas Endgültiges gerichtet sein kann. Außerdem ist die Geltung der rechtsgeschäftlichen Regelungen nicht unbedingt endgültig. Man denke nur an das Testament oder die Möglichkeit der Vertragsaufhebung.

Der entscheidende Fehler der Geltungstheorie besteht darin, daß sie die rechtliche Bindung anders behandelt als ihr Objekt. Eine Bindung ohne Objekt gibt es nicht. Das Objekt der rechtlichen Bindung, die Frage, woran der Urheber der Willenserklärung gebunden sein soll, ist gerade das für Erklärenden und Erklärungsempfänger Wichtige. Sinn der Willenserklärung ist nach Larenz eigenen Worten, dem Inhalt eines Wollens (= Wunsches?) Endgültigkeit zu verleihen.

Larenz hält die rechtliche Bindung für erheblich, weil sie Sinn der Erklärung ist, [111] weil sie als gemeint zum Ausdruck kommt.[112] Dasselbe gilt aber auch von der Mitteilung über den Inhalt der gewollten Bindung. Der Erklärende will sich nicht schlechthin binden. Das geht auch nicht. Er will sich vielmehr nur an das binden, was er auszudrücken meint. Die rechtliche Bindung ist mit ihrem Gegenstand notwendig verknüpft. Für sie gilt genauso wie für den Inhalt des erklärten Willens das Problem, ob die Rechtsordnung sie anerkennt, weil sie gewollt ist, oder weil sie für den Erklärungsempfänger ersichtlich wird und dieser deshalb vertraut. Die Geltungstheorie ist nicht in der Lage, den Dualismus zwischen Willens- und Erklärungstheorie zu überwinden. Es ist für die Frage, woran das Gesetz anknüpfen soll, nichts damit gewonnen, daß die Willenserklärung nicht eine Willenserklärung, sondern eine Geltungserklärung sein soll. Ob man nun den Gegenstand der Willenserklärung als Gegenstand eines Wollens oder als Gegenstand eines Sollens begreift, das aus einem Wunsch hervorgegangen ist, macht keinen sachlichen Unterschied. Der Gegenstand bleibt derselbe.

Nipperdey versucht die Auffassung der Erklärungstheorie willenstheoretisch zu begründen. Denn er führt die rechtliche Bindung auf den Geltungs- oder Gestaltungswillen zurück. Der Geltungswille wird von seinem Objekt, dem Inhalt des Willens, getrennt und dann wird ihm ein anderes Objekt, die allgemein verständliche Bedeutung der Erklärung, zugeteilt. Hier wird übersehen, daß der Wille zur rechtlichen Bindung (=Geltungswille) von sei-

---

111) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 43/44

112) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 42

nem Objekt, dem Inhalt des Willens, nicht getrennt werden kann. Nach der Trennung kann man nämlich von einem Willen überhaupt nicht mehr sprechen. Denn der Erklärende will nur an den Inhalt seines Willens gebunden sein und an nichts anderes.[113]

Wenn Nipperdey von Willensverwirklichung und Willensvollzug spricht, so ist demgegenüber festzuhalten, daß sich nur ein Wille verwirklichen kann, der tatsächlich vorhanden ist. Daher kann man auch nicht mit Recht behaupten, daß mit der Anfechtnng nach den §§ 119 Abs. 1, 121, 142, 143 BGB der Willensvollzug ungeschehen gemacht würde. Denn im Falle des Irrtums hat sich nur der Handlungswille verwirklicht. Die Handlung wird aber nicht ungeschehen gemacht, sondern ihre Rechtswirkung, die nicht gewollt war. Die These von der Wesenseinheit zwischen Wille und Handlung [114] kann hieran auch nichts ändern, weil ein nicht vorhandener Wille mit keiner Handlung eine Wesenseinheit bilden kann.

In einen Widerspruch verwickelt sich die Geltungstheorie dann, wenn sie für den Begriff der Willenserklärung den Erklärungswillen nicht verlangt,[115] ja sogar vom Erfordernis des Erklärungsbewußtseins absieht.[116] Denn der Wille, sich rechtlich zu binden, der für die Geltungstheorie entscheidend ist [117] oder es doch sein müßte,[118] fehlt, wenn eine Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben werden sollte. Ist die Willenserklärung

113) Die Geltungstheorie hätte nur dann recht, wenn der Erklärende sich an das binden wollte, was der Erklärungsempfänger versteht oder verstehen muß. Dies ist aber nicht der Fall.

114) Vgl. dazu unten d aa S. 38 ff.

115) Wie Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 4. Fußnote 26 S. 902

116) Wie Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 88

117) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 164 II. 3. S. 1024; Rhode, a.a.O., S. 30.

118) Larenz meint, daß der Geltungswille bedeutungslos sei, da die Geltung der Erklärung von der Geltungsverleihung durch das Gesetz abhänge (Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 88). In derselben Arbeit auf S. 42/43 führt Larenz jedoch aus, daß die rechtliche Bindung nicht nur durch die Rechtsordnung hinzugefügt werde, sondern in dem Versprechen als gemeint zum Ausdruck komme. Er verstehe das Versprechen als eine Äußerung, durch welche der Versprechende sich binde. Diese Ausführungen stellen die Begründung dafür dar, daß die Willens -

nicht auf einen bloß tatsächlichen, sondern auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet, wie die Geltungstheorie meint, [119] so bezeichnen "Erklärungswille" und "Geltungswille" dasselbe.

Endlich geht die Geltungstheorie an den Rechtsgedanken vorbei, die dem Gesetz zugrundeliegen, vor allem an dem Rechtsgedanken, der die Vertragsfreiheit erst ermöglicht: der Privatautonomie. Rhode versucht diesen Mangel zwar mit dem Satz zu überbrücken, daß die Rechtsordnung der Erklärung deshalb Wirksamkeit verleihe, weil die äußere Anordnung im Regelfall und mit hoher Wahrscheinlichkeit den wirklichen, inneren Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringe.[120] Damit schneidet Rhode aber lediglich eine Frage der vom Gesetzgeber möglicherweise beobachteten Gesetzestechnik an, wobei er gleichzeitig zugeben muß, daß es dem Gesetzgeber sachlich darauf ankommt, die Rechtsfolge durch den erklärten Willen des einzelnen Rechtsgenossen inhaltlich bestimmen zu lassen. Anders läßt sich der Rechtsgedanke der Privatautonomie und damit die Vertragsfreiheit auch nicht verwirklichen. Soweit eine Rechtsfolge nicht durch den Rechtsfolgewillen des Erklärenden inhaltlich bestimmt wird, kann nicht der Rechtsgedanke der Privatautonomie den Geltungsgrund für sie abgeben,[121] sondern ein anderer Rechtsgedanke, etwa der des Vertrauensschutzes. Die Geltungstheorie verwischt das eigentliche Anliegen des Gesetzes, indem sie sowohl den Geschäftswillen als auch das Vertrauen auf das Vorhandensein eines solchen als Geltungsgrund der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge wegargumentiert und die Rechtswirkung der Willenserklärung aus einer ihrer Eigenschaften zu begründen sucht. Das

---

erklärung dem Inhalt eines Wollens den Charakter der Endgültigkeit verleihe und somit eine Geltungserklärung sei. Also verleiht das Gesetz der Erklärung nach Larenz deshalb Geltung, weil der Erklärende sich binden will. Daß dieser Geltungswille, um eine Rechtswirkung hervorzurufen, zum Ausdruck kommen müsse, bestreitet niemand. Indessen kann nur etwas Vorhandenes zum Ausdruck kommen. Was nur zum Ausdruck zu kommen scheint, kommt nicht zum Ausdruck. Sachlich bleibt der Geltungswille somit das Maßgebende.
Der Unterschied zwischen Larenz einerseits und Nipperdey andererseits beweist, daß auch hinsichtlich des sogenannten Geltungswillens sowohl eine willenstheoretische als auch eine erklärungstheoretische Auffassung vertretbar ist.

119) Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S.41/42

120) Rhode, a.a.O., S.27

121) Vgl. oben 2. a S.27 bis 30 ; Larenz und Nipperdey wollen einen anderen Geltungsgrund für die Rechtsfolge der Willenserklärung gefunden haben.

wird besonders deutlich bei Nipperdey, der sowohl den Geschäftswillen als auch das durch die Erklärung geschaffene Vertrauen als Geltungsgrund für die rechtsgeschäftliche Rechtsfolge ausdrücklich ablehnt und den "Geltungs- oder Gestaltungswillen" an deren Stelle setzt.

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien beweist, daß damit die Einsicht in die Zwecke des Gesetzes erschwert wird. [122] Man kann einen Interessengegensatz den der Gesetzgeber im Gesetz auszugleichen sich bemüht hat, nicht dadurch beseitigen, daß man ihn durch eine neue Konstruktion möglichst unsichtbar macht. Damit wird gerade das Gegenteil von dem getan, was die Aufgabe von Begriffsbildung und Konstruktion ist: die Sichtbarmachung der dem Gesetz zugrundeliegenden Zwecke und der vom Gesetz gegeneinander abgegrenzten Interssen. [123]

d) Das Erfordernis der Erklärung

Das bisherige Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Rechtsfolge des Tatbestandes "Rechtsgeschäft" von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der privaten Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse her betrachtet durch den Geschäftswillen gerechtfertigt wird. Er bildet sachlich das wesentliche Merkmal, das unter Ausnutzung der Privatautonomie die Rechtsfolge inhaltlich bestimmt.

Eine andere Frage ist, ob der Geschäftswille allein zur privaten Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse genügen kann, und wenn dies nicht der Fall ist, was zu dem Geschäftswillen noch hinzukommen muß, um die Selbstgestaltung zu ermöglichen. Es soll an dieser Stelle zunächst untersucht werden, ob und bejahendenfalls warum die Selbstgestaltung der privaten Lebensverhältnisse im Interesse des Gestaltenden eine Willensbetätigung, - äußerung oder - erklärung gebietet. [124]

---

122) Vgl. vor allem Prot. I S. 94 ff., insbesondere S. 106, wo immer wieder Willensdogma und Vertrauensmaxime gegeneinander abgewogen werden.

123) Vgl. oben 1. S. 25/26

124) Diese Methode wird eingeschlagen, um im folgenden den Interessengegensatz zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger herausschälen zu können (vgl. oben 1. S. 25/26). Es kann sich zum Beispiel herausstellen, daß die Erklärung des Geschäftswillens nicht im Interesse des Erklärenden, wohl aber im Interesse des Erklärungsempfängers notwendig ist.

aa) Problematik der Wesenseinheit von Geschäftswille und Erklärung

Kohler und Zitelmann vertraten die Auffassung, daß Wille und Erklärung nicht gespalten werden können, da sie nur die zwei Seiten ein und derselben Erscheinung seien. [125] Die ausführlichste Begründung finden wir bei Zitelmann. - Er meint, daß es keinen Handlungswillen gäbe, der sich nicht sofort betätigte. Der Entschluß, später zu handeln, sei kein wahrer Entschluß, sondern nur der vorläufige Abschluß hin- und hergehender Überlegungen. Denn hier beständen noch Beweggründe, die zum Beharren aufforderten und demnach ein entschiedenes "ich will nicht handeln" erreichten. Es sei jedoch undenkbar, daß man zugleich den Willen haben sollte, eine Handlung zu begehen und sie nicht zu begehen. [126] Dasselbe gelte für die Absicht, die in bezug auf den Handlungswillen den Beweggrund darstelle. Vor der Handlung gäbe es noch keine wahre Absicht, weil ein noch nicht geäußertes Vorhaben keine genügende Bestimmtheit und Festigkeit erlangt haben könne. [127] Nach dieser Auffassung kann der Geschäftswille für sich allein keinen Anknüpfungspunkt für das Gesetz bilden, weil er vor seiner Äußerung psychologisch noch gar nicht vorhanden wäre.

Enneccerus und Manigk haben diese Lehre bekämpft. [128] Enneccerus meinte, man könne auch zukünftige Erfolge beabsichtigen.

---

125) Kohler, IherJahrb Bd. 16 S. 91 ff., insbesondere S. 92/93; Zitelmann, a.a.O., Kap. III Abschn. III 2 S. 254 ff., insbesondere S. 248, auch Kap. II Abschn. IV 2. S. 180 ff., insbesondere S. 183; neuerdings auch Nipperdey (vgl. oben c S. 33 und 35). Früher schon Windscheid, a.a.O., ArchZivPrax Bd. 63 S. 72 ff. und in den "Gesammelten Reden und Abhandlungen" herausgegeben von Oertmann, Leipzig 1904, S. 341/342

126) Zitelmann, a.a.O., S. 181 bis 183.

127) Zitelmann, a.a.O., S. 248; Kohler (IherJahrb Bd. 16 S. 93) meint, die Erklärung sei Verkörperung, Objektivierung, Inkarnation des Willens. Wenn dies hinsichtlich des Handlungswillens richtig sein sollte, würde es aber in bezug auf den Geschäftswillen nur dann zutreffen, wenn die Erklärung den Willen richtig wiederspiegelt.

128) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 10 ff., insbesondere S. 14; Manigk, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Heft 5, I. Teil 2. Kap. 2. S. 37 bis 39, 4. Kap. S. 103 bis 105 und II. Teil 2. Kap. S. 227 bis 238.

Zum Beispiel könne man den festen Entschluß fassen, in einem Jahre zu heiraten.[129] Manigk betonte, daß die Absicht des Erklärenden nicht erst mit der Erklärung Klarheit gewinne. Die Klarheit müsse vorher eingetreten sein, wenn nicht eine ganz unbesonnene Erklärung das Resultat sein solle.[130] Die Körperbewegung stelle lediglich die Ausführung der in der Vergangenheit liegenden Absicht dar. Mit der Vornahme der Handlung könne der Beabsichtigende bis zum Eintritt günstiger Nebenumstände warten.[131] Das überzeugt. Gerade weil man nicht zugleich den Willen haben kann, eine Handlung zu begehen und sie nicht zu begehen, kann der Entschluß, später zu handeln, nicht identisch sein mit dem Willen, nicht zu handeln. So wenig man das Bestehen einer Forderung, die noch nicht fällig ist, bestreiten kann, so wenig kann man das Vorhandensein einer Absicht leugnen, die nur mangels eines äußeren Umstandes noch nicht zur Tat geführt hat.[132] Die Absicht ist Ursache der Tat[133] und entsteht zeitlich vor ihr. Infolgedessen muß jede Absicht zunächst den Entschluß, später zu handeln, zum Inhalt haben. Die Festigkeit der Absicht hängt nicht von ihrer Äußerung ab, sondern von der Willensstärke, die dahinter steht.[134] Es gibt geäußerte Absichten, die alles andere als fest sind, und es gibt umgekehrt nichtgeäußerte Absichten, die an Festigkeit kaum übertroffen werden können.

---

129) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 14.

130) Manigk, IherJahrb Bd. 49 S. 481

131) Manigk, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 Heft 5, II. Teil 2. Kap. S. 235/236

132) Nach Zitelmann würde ein Mädchen, das zwischen zwei Verehrern A und B zu wählen hat und abends in ihrer stillen Kammer einsam beschließt, sich mit A zu verloben, trotz dieses Beschlusses den entschiedenen Willen haben, sich mit A nicht zu verloben, nur weil sie dem A ihren Willen erst am nächsten Tag eröffnen kann.

133) Bülow, a.a.O., Zweiter Teil, III. 2. S. 114 ff.

134) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 15. Die richtige Selbstbeobachtung schlägt sich in der Sprache nieder. Die Worte Be"schluß" und Ent"schluß" bezeichnen die Endgültigkeit und Festigkeit des Willens.

Kohlers und Zitelmanns Fehlkonstruktion wirkt sich insoweit gefährlich aus, als es dazu verleitet, jede Betätigung des Willens als Willenserklärung zu betrachten und die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Wille und Erklärung zu leugnen.[135] Nicht jede Betätigung des Willens macht den Inhalt des Willens für den Beobachter erkennbar. Folglich darf man Willensbetätigung mit Willensäußerung oder gar Willenserklärung nicht gleichsetzen.[136] In Irrtumsfällen wird der Geschäftswille zwar betätigt, aber nicht geäußert, geschweige denn erklärt.

bb) Möglichkeit der rechtlichen Anknüpfung an eine innere Tatsache

In den meisten Lehrbüchern über den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches findet man die Behauptung, daß die Rechtsordnung an einen nicht geäußerten Willen als einer bloß inneren Tatsache nicht anknüpfen könne.[137] Der Geschäftswille soll hiernach also für sich allein die rechtsgeschäftliche Rechtsfolge nicht auslösen können, weil er bloß eine innere Tatsache sei.[138]

---

135) Vgl. z.B. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 2. und 3. S. 898 ff. und § 164 II. 3. S. 1023 f. (vgl. dazu oben c S. 32 bis 37); Kohler vertrat die Auffassung, daß es keine geheimen Vorbehalte gäbe (IherJahrb Bd. 16 S. 94/95).

136) Vgl. dazu unten 5. b S. 81 Fußnote 193; Selbstgespräche, Tagebuchaufzeichnungen sind nicht nur Willensbetätigungen, sondern auch Willensäußerungen, weil durch sie der Inhalt der Absicht nach außen tritt. Viele Willensbetätigungen dagegen lassen die ihnen zugrundeliegende Absicht nicht erkennen.

137) Z.B. H. Lehmann, a.a.O., § 24 I. S. 128; vgl. auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den §§ 151 Satz 1, 181 BGB. In RGZ Bd. 84 S. 323 wird z.B. zu § 151 Satz 1 BGB ausgeführt, daß es zum Zustandekommen des Vertrages genüge, wenn der Oblat durch unzweideutige Handlungen, die nicht dem Antragenden gegenüber vorgenommen zu werden und auch nicht zu seiner Kenntnis zu gelangen brauchen, den endgültigen Annahmewillen kundgebe. Hier liegt die Frage nahe, wem es eigentlich nützen soll, daß der Oblat seinen Annahmewillen durch unzweideutige Handlungen kundgeben muß, die dem Antragenden nicht erkennbar sind.

138) Ähnlich Binder, a.a.O., I. Teil § 5 IV S. 92. Er meinte, daß erst der geäußerte Wille ein Faktum sei, an dem nichts mehr geändert werden könne. Solange der Wille ungeäußert sei, habe man noch die Herrschaft über ihn. Binder verkennt, daß innere Tatsachen auch

Dem tritt Manigk mit Recht entgegen, indem er ausführt, daß das materielle Recht zweifellos die Macht habe, Rechtswirkungen auch an innere Tatsachen zu knüpfen, und von dieser Macht auch Gebrauch gemacht habe.[139] Das Gesinnungsstrafrecht einiger Rechtsordnungen bestätigt dies. Ein Beispiel liefert auch der § 819 Abs. 1 BGB. Hier ist der Fall denkbar, daß der Empfänger einer ungerechtfertigten Leistung den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang zwar nicht kennt, aber ihn hätte erkennen können. Wenn er sich die Sache später durch den Kopf gehen läßt und erst hierbei erkennt, daß der rechtliche Grund für die Leistung fehlt, so löst diese Erkenntnis für sich allein die Rechtsfolgen der §§ 819 Abs. 1 und 820 Abs. 2 BGB aus, obwohl die Erkenntnis eine bloß innere Tatsache darstellt. Der Eintritt einer inneren Tatsache bewirkt hier eine Rechtsänderung.

Selbst wenn das geltende Recht keine solchen Beispiele aufwiese, würde dies nicht bedeuten, daß der Gesetzgeber an lediglich innere Tatsachen keine Rechtsfolgen knüpfen dürfe. Die Gerechtigkeit fordert oft eine weitgehende Berücksichtigung innerer Tatsachen. Beweisschwierigkeiten dürfen nicht dazu führen, daß das, worauf es gerechterweise ankommen sollte, der Einfachheit halber materiellrechtlich für unerheblich erklärt wird. Dies tut das Gesetz auch nicht.[140]

Schließlich darf es keinen Unterschied machen, ob die innere Tatsache allein oder - wie meistens - zusammen mit objektiven Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge auslöst.[141] Die Beweisschwierigkeiten sind in

---

Tatsachen sind, die nicht ungeschehen gemacht werden können, sobald sie in der Vergangenheit liegen.

139) Manigk, IherJahb Bd. 49 S. 477 ff., insbesondere S. 479; vgl. auch Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, § 11 S. 91 ff.

140) Viele Tatbestände des Privatrechts und vor allem des Strafrechts enthalten Vorsatz oder Absicht als Tatbestandsmerkmale. Ferner spielen das Verschulden und der gute Glaube in vielen Tatbeständen die entscheidende Rolle. Vgl. auch § 119 BGB und die Beispiele bei Manigk, IherJahrb Bd. 49 S. 479.

141) Worauf M. Rümelin, ArchZivPrax Bd. 93 S. 165 Wert legte, indem er tadelte, Manigk habe nicht bewiesen, daß die Rechtsordnung lediglich an das Vorhandensein einer "inneren" Absicht in Verbindung mit einem äußeren zu der Absicht in gar keiner Beziehung stehenden Tatbestand die Wirkungen anknüpfe.
Übrigens kann damit die Willenstheorie nicht erschüttert werden. Dann diese verlangt nicht, daß der Geschäftswille ohne das Hinzu-

jenem Fall nicht größer als in diesem. Denn hier wie dort muß die innere Tatsache gegebenenfalls bewiesen werden, was regelmäßig durch Indizien geschehen muß.

Es wäre demnach theoretisch möglich, die Rechtsfolge unmittelbar an den Entschluß zu knüpfen. [142] Die Rechtsordnung kann theoretisch für den Eintritt der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge als einziges Tatbestandsmerkmal den dahinzielenden Geschäftswillen aufstellen, so daß jeglicher Betätigung, Äußerung oder Erklärung des Willens lediglich die Rolle eines Beweisanzeichens zufiele. [142a]

cc) Zweck der Erklärung

Da sich das geltende Recht mit dem Geschäftswillen als Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge nicht begnügt, ist das autonome Rechtssubjekt genötigt, um die gewollte Rechtsfolge herbeizuführen, den Geschäftswillen in die vom Recht geforderte äußere Form zu setzen. [143]

---

treten eines objektiven Tatbestandsmerkmales die rechtsgeschäftliche Rechtsfolge auslöse. Sie fordert vielmehr nur, daß für den Eintritt der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge sowohl Erklärung als auch Geschäftswille vorliegen müssen.

142) Vgl. Schmidt-Rimpler, ArchZivPrax Bd. 147 S. 147

142a) Das hat die Rechtsordnung bekanntlich nicht getan.
Wie das geltende Recht im einzelnen geregelt ist, wird unter 5. S. 52ff gezeigt werden. An dieser Stelle ist zunächst nur von Zweck und Verwirklichungsmöglichkeit der Privatautonomie die Rede. Wegen dieser Reihenfolge vgl. oben 1. S. 25 ff., insbesondere S. 26.

143) Endemann (a.a.O., § 64 I a S. 293) hebt mit Recht hervor, daß die Erklärung an einen unbeteiligten Dritten unerheblich ist, weil der Erklärende mit dieser Erklärung die Rechtsfolge noch nicht herbeiführen will. Es darf aber nicht übersehen werden, daß ihm ein solcher Wille nichts nützen würde, wenn er ihn bei der Erklärung an den Dritten hätte. Wenn die Rechtsordnung schriftliche Form oder notarielle Beurkundung verlangt, nützt der bei der mündlichen Erklärung vorliegende Geltungswille auch nichts. Geltungswille und Rechtsordnung müssen zusammen wirken.
Der Geltungswille, das "hiermit soll", ist überhaupt nur denkbar, wenn der Wollende überzeugt ist, daß er die Möglichkeit hat, seinem Willen rechtliche Geltung zu verleihen. Wenn der Wollende glaubte, daß eine Erklärung zur Herbeiführung der gewollten Rechtsfolge nicht erforderlich sei, würde für ihn der Zweck, die Rechtsfol-

Dies ist indessen nicht der einzige Grund für den Erklärenden, die Erklärung abzugeben. Er würde sie nämlich in aller Regel auch dann abgeben, wenn die Rechtsordnung sie zur Herbeiführung der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge nicht verlangen würde. Da der Erklärende sicherlich seine eigenen Belange wahrnimmt und nicht die des Erklärungsempfängers, muß der Erklärung also noch ein anderer Zweck innewohnen, der im Interesse des Erklärenden liegt. Daraus folgt, daß der Grundsatz der Privatautonomie regelmäßig die Erklärung des Geschäftswillens gebietet.

Es fragt sich nur, warum dies so ist. Dazu müssen alle Gründe gefunden werden, die das autonome Rechtssubjekt bewegen, seinen Willen zu erklären.

Die meisten Rechtsgeschäfte können nur dann zustandekommen, wenn sich mindestens zwei Personen daran beteiligen. Der Oblat kann einen Vertragsantrag, von dem er nichts weiß, nicht annehmen. Wer einen Vertrag schließen will, kommt also schon deshalb ohne Erklärung nicht aus.[144] Die Vertragsannahme allerdings braucht dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat (§ 151 Satz 1 BGB). Denn in diesen Fällen kennt der Antragende den Annahmewillen des Oblaten, auch ohne daß der Annahmewille ihm erklärt wird. Aber der Antrag muß erklärt werden. Bei Rechtsgeschäften, an denen zwei oder mehr Personen beteiligt sind, ist mindestens eine Erklärung erforderlich, weil der Initiator des Rechtsgeschäftes, um die Beteiligung des oder der anderen zu bewirken, diese (n) von seinem Willen in Kenntnis setzen muß.

---

ge mit der Erklärung herbeiführen zu müssen, entfallen (vgl. §§ 151 Satz 1, 181 BGB). Ein Wille ist auch ohne Bestätigung oder gar Erklärung denkbar. Der Geltungswille ist nur deshalb in der Praxis vor der Erklärung nicht vorhanden, weil der Wollende weiß, daß die Rechtsordnung ihm nicht die Möglichkeit gibt, seinen Willen ohne Erklärung in rechtliche Geltung zu setzen. Es ist daher ein Zirkelschluß, wenn der Grund der Rechtsordnung, eine Erklärung des Geschäftswillens zu verlangen, darin erblickt werden soll, daß der Erklärende die Rechtsfolge erst mit der Erklärung herbeiführen wolle.

144) Ausnahme: Zulässiges Selbstkontrahieren (§ 181 BGB), weil hier nur ein einziger willensbildender Beteiligter vorhanden ist.

Außerdem steht für den Erklärenden in aller Regel die tatsächliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse im Vordergrund.[145] Es ist ihm zwar wichtig, daß der Erklärungsempfänger durch das Rechtsgeschäft verpflichtet wird. Aber am meisten liegt ihm daran, daß er seinen Verpflichtungen wirklich nachkommt. Der Zimmervermieter, der dem Mieter kündigt, will, daß der Mieter auszieht. Die Kündigung soll ihn zum Auszug bewegen. Der Erblasser will, daß sich die Erben nach seinem in der Testamentsurkunde erklärten letzten Willen tatsächlich richten. Wer eine Auslobung erklärt, will, daß jemand der Belohnung zuliebe die Handlung vornimmt.

Der Erklärungsempfänger soll also durch die Erklärung zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden. Dies setzt voraus, daß er von dem Willen, nach dem er sich richten soll, erfährt. Da man die Kenntnis vom Willen eines anderen in der Regel nur durch die Mitteilung des Wollenden erhalten kann, ist die Erklärung das Mittel des Wollenden, dem Betroffenen den Willen zur Kenntnis zu bringen.[146]

---

145) Vgl. oben b S. 30 ff., insbesondere S. 31 und Fußnote 102

146) Manigk (Das rechtswirksame Verhalten, S. 200; IherJahrb. Bd. 49 S. 481), R. Leonhard (a. a. O., § 68 II. S. 255/256) und Hellmann (Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Rechte, IherJahrb. Bd. 42 S. 413 ff., insbesondere S. 418) treffen den Zweck der Erklärung richtig, wenn sie feststellen, daß die Erklärung für andere abgegeben werde. Vgl. auch Schmidt-Rimpler (ArchZivPrax Bd. 147 S. 148 und S. 176/177) und Wendt (Arch ZivPrax Bd. 92 S. 238), die mit Manigk den Mitteilungszweck oder Kundgebungszweck der Willenserklärung betonen.

Auch Larenz räumt ein, daß der Zweck der Erklärung darin bestehe, den Empfänger vom Willen des Erklärenden in Kenntnis zu setzen (Vertrag und Unrecht, S. 38). Daneben hebt er weiterhin besonders hervor, daß der erklärte Wille nicht bloß auf Mitteilung, sondern auch auf rechtliche Geltung und Bindung gerichtet sei. Das bestreitet indessen niemand mehr. Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß der Geschäftswille inhaltlich auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muß. Vgl. dazu S. 42 oben mit Fußnote 143 und vgl. vor allem oben b S. 30 ff. und c S. 32 ff.

Daraus folgt, daß sich vom Zweck der Privatautonomie aus betrachtet eine Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens nur dann erübrigt, wenn der Betroffene den Willen ausnahmsweise auch ohne Mitteilung kennt.[147] Sonst verlangt der Zweck der privaten Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse das Vorliegen nicht nur eines auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen des autonomen Rechtssubjekts, sondern auch einer Erklärung, die dem Betroffenen diesen Willen zur Kenntnis bringt.

Zwar kann der Betroffene möglicherweise zur tatsächlichen Durchführung des Willens gezwungen werden, ohne daß er ihn vorher zur Kenntnis nimmt. Darauf ist jedoch in aller Regel das Interesse des Erklärenden nur hilfsweise gerichtet, weil es einfacher und müheloser ist, eine verständliche Erklärung abzugeben, als einen Rechtsstreit zu führen.

Aber gerade die pathologischen Fälle, in denen dieses subsidiäre Interesse des Erklärenden zum Tragen kommt, beschäftigen die Rechtswissenschaft am meisten. Es kommt vor, daß der Erklärende am Eintritt der gewollten Rechtsfolge ein Interesse hat, obwohl der Erklärungsempfänger den Willen nicht kennt und ihn schon aus diesem Grunde nicht zur tatsächlichen Durchführung bringen kann. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden aus der Erklärung nicht entnimmt. Wenn der Erklärende dies nicht weiß [148] und deshalb mit dem Eintritt der gewollten Rechtsfolge durch die Erklärung rechnet, stellt er sich in aller Regel darauf ein und trifft entsprechende Dispositionen. Wenn sich dann später der Irrtum bzw. das Mißverständnis herausstellt, wäre der Erklärende benachteiligt, falls die gewollte Rechtsfolge nicht eingetreten wäre, nur weil der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen nicht zur Kenntnis genommen hat. Wenn zum Beispiel A seinem minderbemittelten Freunde B einen Geldbetrag übersendet, den dieser als Geschenk auffaßt, obwohl A nur ein Darlehen geben wollte, so liegt es im Interesse des A, daß seine Vertragserklärung seinem Geschäftswillen gemäß als Darlehenserklärung wirkt. Nicht anders liegt es in dem mit dieser Arbeit zu untersuchenden Fall.[149] Der Unternehmer hat ein Interesse an der Geltung

---

147) Z.B. infolge laufender Geschäftsbeziehungen; vgl. auch die §§ 151 Satz 1, 181 BGB

148) Zu den Fällen, in denen der Erklärende weiß, daß der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen nicht richtig versteht, oder zumindest damit rechnet, vgl. unten 5. c aa S. 66 ff.

149) Vgl. oben A. I. S. 2

der allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann, wenn sie der Kunde nicht zur Kenntnis nimmt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Erklärende mit seiner Erklärung zwar im eigenen Interesse den Mitteilungszweck verfolgt, aber ausnahmsweise für den Fall, daß die Erklärung diesen Zweck ohne sein Wissen verfehlt, an dem Eintritt der gewollten Rechtsfolge dennoch interessiert ist. [149a)]

3. Verkehrssicherheit

Verkehrssicherheit und Privatautonomie sind keine Gegensätze. Die private Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse bildet den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Seine Sicherheit dient somit der Privatautonomie.

Verkehrssicherheit bedeutet die Reibungslosigkeit und Ungestörtheit der Abwicklung der Rechtsgeschäfte. [150)] Je glatter die Abwicklung der Rechtsgeschäfte vor sich geht, desto sicherer und schneller gelangt das autonome Rechtssubjekt zu seinem Ziel. [151)]

149a) Der Mitteilungszweck steht allerdings im Vordergrund, weil der Erklärende meistens schon im eigenen Interesse Mißverständnisse zu vermeiden trachtet und diese auch keineswegs die Regel bilden.

150) Nicht die Klarheit, Übersichtlichkeit oder Erkennbarkeit der rechtsgeschäftlichen Rechtslage. Diese wird vielfach von der Verkehrssicherheit gefordert, ist mit ihr aber nicht identisch.

151) Vgl. oben 2. d cc S. 58 ff.; darun geht das primäre Interesse des Erklärenden dahin, daß der Erklärungsempfänger ihn richtig versteht.

Die Verkehrssicherheit frommt also nicht nur dem Erklärungsempfänger. Das erhellt auch daraus, daß dieser seine Rolle als Erklärungsempfänger nicht behält. Auch er wird zum Erklärenden, wie insbesondere die Einrichtung des Vertrages zeigt. Dazu kommt, daß ein Rechtsgeschäft oft ein anderes oder gar mehrere andere auslöst, insbesondere in Geschäftsbetrieben. Je seltener es vorkommt, daß der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden nicht versteht, desto glatter wickelt sich der rechtsgeschäftliche Verkehr ab. Daher ist es in erster Linie eine Aufgabe der Beteiligten selbst, einen möglichst hohen Grad an Verkehrssicherheit zu erreichen. Das Recht kann hierfür verhältnismäßig wenig ausrichten. Denn der reibungslose Ablauf des rechtsgeschäftlichen Verkehrs wird durch jeden pathologischen Fall gestört - gleichgültig, wie das Recht ihn behandelt. Ob der Eindruck des Erklärungsempfängers oder der Wille des Erklärenden die Rechtsfolge bestimmt oder ob überhaupt keine Rechtsfolge eintritt, - der rechtsgeschäftliche Verkehr ist gestört, weil sich jeder Beteiligte auf eine andere Rechtsfolge eingestellt und demgemäß seine Dispositionen getroffen hat. Der eine vertraut auf die Gültigkeit der Erklärung in diesem, der andere in jenem Sinne, ein dritter gar hält die Erklärung für unwirksam. Der eine verhält sich anders, als der andere es erwartet, und umgekehrt. Die eingetretene Störung kann durch das Recht nicht beseitigt werden. Es kann lediglich eine möglichst gerechte Regelung des Konflikts treffen, indem es denjenigen, der die Störung veranlaßt hat, benachteiligt zugunsten der anderen, die es dadurch möglichst vor Schaden bewahrt.[152]

---

152) Die häufig wiederholte Behauptung, daß der Verkehr gesichert werden könne, indem man das Vertrauen auf äußere Tatbestände schütze, ist daher in dieser Allgemeinheit unrichtig. Denn es ist nicht nur der Erklärungsempfänger, der seine Dispositionen trifft (vgl. oben S. 45/46). Allerdings gibt es oft Fälle, in denen auf der Empfängerseite mehr Personen beteiligt sind. Da der Verkehr umsomehr geschützt wird, desto weniger Erwartungen enttäuscht werden, kommt es hier der Verkehrssicherheit zugute, wenn die Eindrücke der Erklärungsempfänger, sofern sie sich gleichen, für die Rechtsfolge bestimmend sind.
Es kommt aber auch darauf an, welcher Beteiligte mehr Dispositionen trifft. Wird zum Beispiel die Abwicklung des Rechtsgeschäfts eines Kaufmanns gestört, so wird die Verkehrssicherheit wahrscheinlich mehr darunter leiden als durch eine Störung eines Rechtsgeschäfts unter anderen Bürgern.

Trotzdem wäre es verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, daß das Recht der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht dienen könne.

Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs hängen auch in erster Linie von dem Verhalten der Teilnehmer ab. Eine eingetretene Beeinträchtigung kann durch die beste Straßenverkehrsordnung nicht beseitigt werden. Trotzdem wird niemand behaupten, daß die Straßenverkehrsgesetze der Leichtigkeit des Straßenverkehrs nicht dienen könnten.

Die Rechtsregeln haben präventive Wirkung, indem sie den Beteiligten bestimmte Verhaltensweisen auferlegen, deren Nichtachtung Rechtsnachteile nach sich ziehen. Die Rechtsnachteile, die die Nichtachtung der Straßenverkehrsregeln nach sich ziehen, unterscheiden sich naturgemäß von denen, die bei Verstoß gegen die Regeln des rechtsgeschäftlichen Verkehrs eintreten. [153]

Gleichen müssen sich jedoch die Rechtsgebote, soweit sie den Beteiligten auferlegen, sich so zu verhalten, daß kein Schaden, keine Störung eintritt. [154] Wenn der am rechtgeschäftlichen Verkehr Beteiligte von

153) Die Verletzung der Straßenverkehrsregeln wird strafrechtlich verfolgt, die Verletzung der Regeln des rechtsgeschäftlichen Verkehrs im allgemeinen nicht. Vgl. aber die §§ 263 ff. StGB, 239 ff. KO.

154) Vgl. § 1 StVO; die Straßenverkehrsordnung schützt die Sicherheit des Straßenverkehrs darüber hinaus durch die Aufstellung konkreter Regeln, die der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs dadurch nützen, daß jeder Teilnehmer mit einem bestimmten Verhalten oder Nichtverhalten der anderen Teilnehmer rechnen kann. Der Inhalt dieser konkreten Regeln ist daher weniger wichtig als die Existenz solcher Regeln überhaupt. So ist es gleichgültig, ob Rechts- oder Linksverkehr vorgeschrieben ist. Dennoch nützt der § 8 StVO, weil sich alle Verkehrsteilnehmer darauf einstellen können, daß alle anderen rechts fahren. - Für den rechtsgeschäftlichen Verkehr stellt das Recht hingegen keine konkreten Regeln auf. Ob sich die Vertragspartner deutsch oder englisch verständigen, ist ihre Sache. Trotzdem spielt die übliche Ausdrucksweise als Beurteilungsmaßstab eine gewisse Rolle. Vgl. dazu unten 5. b S. 58 ff.

der Rechtsordnung angedrohte Rechtsnachteile vermeiden will, muß er sich so verhalten, daß pathologische Fälle, soweit vermeidbar, nicht eintreten.[155] Das heißt, daß sich der Erklärende möglichst so ausdrücken muß, daß der Erklärungsempfänger ihn verstehen kann, und der Erklärungsempfänger sich bemühen muß, den Willen des Erklärenden richtig zu verstehen. Diese Grundregeln für das Verhalten im rechtsgeschäftlichen Verkehr ist im Interesse der Verkehrssicherheit so selbstverständlich, daß sie im Gesetz einer Erwähnung nicht bedurfte. Einen Niederschlag findet sie in den Auslegungsvorschriften, insbesondere im § 133 BGB. Denn die Auslegungsregeln setzen voraus, daß der Erklärungsempfänger die Erklärung auslegen, also ihren Sinn erforschen soll.

Die Befolgung der Grundregel ist keine Verpflichtung im rechtstechnischen Sinn. Denn niemand kann ihre Erfüllung verlangen.[156] Sie ist aber eine Obliegenheit, da ihre Nichtbeachtung Rechtsnachteile mit sich bringt und ihre Beachtung im eigenen Interesse notwendig ist. Es empfiehlt sich, von der Erklärungsobliegenheit des Erklärenden und der Auslegungsobliegenheit des Erklärungsempfängers zu sprechen.[157]

Die Rechtsnachteile, die die Rechtsordnung bei Verletzung dieser Obliegenheiten im Interesse der Verkehrssicherheit normiert, ergeben sich aus den Nachteilen der Störung: Wer einen pathologischen Fall durch die Ver-

---

155) Freilich leidet die Verkehrssicherheit nicht nur unter Irrtümern und Mißverständnissen hinsichtlich der Ausdrucksweise. Man denke nur an die Möglichkeit eines Vermögensverfalls eines Beteiligten, der die Abwicklung mehrerer Rechtsgeschäfte gefährden kann. Dies liegt aber nicht im Rahmen der hier zu lösenden Problematik. Es wird hier daher nur die Gefährdung der Verkehrssicherheit durch Irrtum und Mißverständnis behandelt.

156) Anders Rhode, der von einer echten Rechtspflicht schreibt, die im Interesse des anderen Vertragspartners bestehen soll. Die verständliche Ausdrucksweise des Erklärenden und die Sorgfältigkeit des Erklärungsempfängers bei der Auslegung der Erklärung geschehen aber nicht nur im Interesse des anderen Vertragspartners - sozusagen als Pflichterfüllung. Sie geschehen in erster Linie im eigenen Interesse, das unter anderem auf Verkehrssicherheit gerichtet ist, so wie das Interesse des anderen auch.

157) Zum Begriff der Obliegenheit vgl. oben A. II. 3. S. 9 Fußnote 35

letzung seiner Obliegenheit veranlaßt, trägt den daraus erwachsenden Nachteil. Verletzt der Erklärende seine Obliegenheut und veranlaßt der dadurch einen pathologischen Fall, so tritt die von ihm gewollte Rechtsfolge nicht ein. Verletzt der Erklärungsempfänger seine Auslegungsobliegenheit und veranlaßt er dadurch einen pathologischen Fall,so ist sein Eindruck vom Willen des Erklärenden für die Rechtsfolge nicht bestimmt.

Die Verkehrssicherheit verlangt also, daß die gewollte Rechtsfolge nicht eintritt, wenn der Erklärende seine Erklärungsobliegenheit verletzt und dadurch einen pathologischen Fall veranlaßt.[157a] Privatautonomie und Verkehrssicherheit fordern somit eine Erklärung des Geschäftswillens, die der Erklärungsempfänger versteht oder doch wenigstens verstehen kann.

Die erwähnten, im Interesse der Verkehrssicherheit eintretenden Rechtswirkungen sind negativ. Es gibt daneben auch positive Rechtswirkungen, die im Interesse der Verkehrssicherheit eintreten: die Rechtsfolgen der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung. Die Verkehrssicherheit soll nämlich nicht nur durch die eben dargestellten Präventivregeln gewährleistet werden, sondern auch dadurch, daß die infolge der pathologischen Fälle bewirkten Schäden und Störungen möglichst gering gehalten werden. Die Rechtsfolgen der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung treten aber nicht nur im Interesse der Verkehrssicherheit ein, sondern auch und in erster Linie im Interesse des Erklärungsempfängers. Denn er ist es, der ein Interesse daran hat, daß sein Eindruck die Rechtsfolge der Willenserklärung bestimmt oder daß ihm wenigstens sein Vertrauensschaden ersetzt wird. Der Rechtsgedanke des Vertrauensschutzes ist deshalb nicht bloß ein Kind der im Allgemeininteresse zu schützenden Verkehrssicherheit, sondern ermöglicht in erster Linie einen gerechten Interessenausgleich zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger.

157a) An dieser Stelle ist zunächst nur von dem Rechtsgedanken der Verkehrssicherheit die Rede, von seinem Inhalt und seiner Verwirklichungsmöglichkeit. Wie das geltende Recht geregelt ist, wird unter 5. S. 52 ff. gezeigt werden. Wegen dieser Reihenfolge vgl. oben 1. S. 25 ff., insbesondere S. 26 .

4. Rechtsgeschäftliche Vertrauenshaftung [158]

Während der Rechtsgedanke der Privatautonomie dem Interesse desjenigen dient, der seine Lebensverhältnisse nach eigenem Wunsch zu gestalten sucht und deshalb eine Willenserklärung abgibt, dient der Rechtsgedanke der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung dem Interesse des Erklärungsempfängers. [159]

Wenn jemand ein Verhalten an den Tag legt, dem der Erklärungsempfänger das Vorhandensein eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Willens entnimmt und sich hierauf einstellt, so kann er im Falle einer rechtlichen Wirkungslosigkeit dieses Verhaltens des anderen Nachteile erleiden. Davor soll er geschützt werden, besonders wenn er nicht erkennen konnte, daß dem beobachteten Verhalten des anderen kein oder ein anderer Geschäftswille als der verstandene zugrundelag.

Da der Gesetzgeber in den §§ 116 ff. BGB einen Ausgleich zwischen den Interessen des Erklärenden einerseits und den Interessen des Erklärungsempfängers andererseits normiert hat, haben hier sowohl der Rechtsgedanke der Privatautonomie als auch der Rechtsgedanke der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung einen Niederschlag gefunden. Insbesondere die-

---

158) Die Protokolle nennen es "Vertrauensmaxime". Vgl. Prot.I S.94. Die Wissenschaft spricht zuweilen ungenau von Erfordernissen der Verkehrssicherheit, z.B. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. S. 895. Gemeint ist in allen Fällen das zu schützende Vertrauen der Erklärungsempfänger. Vgl. vor allem Ernst Jacobi, Fischers Abh. Bd. 20 2.Heft, S.31 ff.; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S.163 ff., insbesondere S.164, S.198 ff.; Eichler a.a.O., S.103 ff.

159) Sonst wären die Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes für den Erklärungsempfänger lediglich günstige Reflexwirkungen des Gesetzes. - Dies trifft lediglich für die negative Wirkung der Verkehrssicherheit zu, wonach die zweideutige Willenserklärung die gewollte Rechtsfolge nicht hat.
Diese negative Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Erklärungsempfänger seine Auslegungsobliegenheit verletzt und daher einen falschen Eindruck hat, der nicht schutzwürdig ist. Vgl. dazu unten 5. c bb S.69ff

nen der § 116 Satz 1 BGB und der § 122 in Verbindung mit den §§ 118 bis 121 BGB dem Interesse des Erklärungsempfängers. Daneben ist vor allem der § 157 BGB zu erwähnen.

Der Gesetzgeber hat danach keine durchgängige Lösung geschaffen, sondern Privatautonomie und Vertrauensschutz in den verschiedenen Fällen in verschiedenem Maße realisiert.[160]

5. Der Interessenausgleich im Gesetz

a) Der Erklärungsempfänger versteht die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn

Man sollte meinen, daß keine Zweifel bestehen können, wenn der Erklärungsempfänger die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn versteht. Offenbar fehlt es an einem Interessengegensatz zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger, so daß es unbedenklich erscheint, der Erklärung die gewollte Rechtswirkung zu geben.

Damit steht nun aber § 122 Abs. 2 BGB in Widerspruch für den Fall, daß "der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte". Daraus muß nämlich logisch geschlossen werden, daß eine Willenserklärung unter Umständen auch dann wegen Irrtums oder falscher Übermittlung anfecht-

160) Vgl. § 116 Satz 1 BGB, § 122 BGB in Verbindung mit den §§ 118 bis 121 BGB; § 157 BGB; vgl. auch Prot. I S. 94 ff.; Einzelheiten siehe in der folgenden Darstellung unter 5. S. 52 ff.

bar ist, wenn der Erklärungsempfänger sie im gemeinten Sinn verstanden hat. Manigk und Staudinger-Coing meinen zwar, daß § 122 Abs. 2 BGB lediglich die Unanwendbarkeit des § 122 Abs. 1 BGB für den Fall des Kennens oder Kennenmüssens des Willensmangels feststelle, nicht aber eine Anfechtbarkeit, also vorläufige Wirksamkeit, einer Willenserklärung voraussetze.[161] Wenn aber § 122 Abs. 1 BGB in dem Fall, daß der Erklärungsempfänger den Irrtum des Erklärenden kannte, schon deshalb unanwendbar sein sollte, weil die Erklärung nicht anfechtbar, sondern im gewollten und verstandenen Sinne vollwirksam wäre, so würde der § 122 Abs. 2 BGB insoweit etwas Überflüssiges feststellen.
Düringer-Hachenburg vertraten die Auffassung, daß § 122 Abs. 2 BGB dann angewandt werden könne, wenn der Erklärungsempfänger, ohne den Willen des Erklärenden zu erkennen, immerhin erkannt habe, daß die Erklärung den Willen des Erklärenden nicht richtig wiedergebe.[162] Diese Ansicht setzt jedoch voraus, daß die Willenserklärung eine Rechtsfolge haben kann, die weder der Erklärende gewollt noch der Erklärungsempfänger verstanden hat. Dies wäre eine Rechtsfolge, an deren Eintritt niemand ein Interesse hat.[162a] Wie noch dargelegt werden wird [162b], hat vernünftigerweise nach geltendem Recht keine Willenserklärung eine solche Rechtsfolge. Die Auffassung von Düringer-Hachenburg überzeugt daher nicht.[163]

---

161) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 494; Staudinger-Coing, § 122 5.

162) Düringer-Hachenburg, Einl. Anm. 9 S. 10; diese Auffassung hat Franz Leonhard übernommen (ArchZivPrax Bd. 120 S. 126).

162a) Vgl. dazu Schmidt-Rimpler, ArchivZivPrax Bd. 147 S. 193 f.; Rhode, a.a.O., S. 27, S. 40 ff.; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 194 ff.

162b) Vgl. unten b S. 57 ff.

163) Vgl. die überzeugende Stellungnahme dazu von Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 16 3. a S. 104 ff.

Danz meinte die Lösung darin zu sehen, daß § 122 Abs.2 BGB nur dann anzuwenden sei, wenn die Kenntnis dem Beschädigten erst nach Abschluß des Vertrages zukomme.[164] Diese Auslegung ist unrichtig, weil das "kannte" sich auf den Zeitpunkt des Erklärungsempfanges bezieht. Das praktische Ergebnis der Auslegungen von Danz folgt übrigens bereits aus § 254 BGB.

Titze stellte darauf ab, ob die individuellen Beziehungen der Parteien auf den vom üblichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn hinweisen. Wenn nicht, so soll der übliche Sprachgebrauch bis zur Anfechtung durch den Erklärenden maßgebend sein, obgleich der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden kennt.[165] Auch dieser Lösungsversuch befriedigt nicht, weil die Unterscheidung im Gesetz keine Stütze findet.

Bang schließlich unterschied für die Anwendung von § 122 Abs.2 BGB zwischen dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung und dem Irrtum in der Erklärungshandlung und stützte sich hierfür auf das römische Recht. Beim einseitigen Irrtum über den Inhalt der Erklärung müsse, so meinte Bang, § 122 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 119 Abs. 1 BGB auch dann angewandt werden, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden kenne. Denn hier betreffe der Irrtum den Kern des Rechtsgeschäfts und nicht unwesentliche Nebenumstände, wie dies beim Irrtum in der Erklärungshandlung der Fall sei.[166] - O. Fischer hat jedoch an Hand der römischen Rechtsquellen überzeugend nachgewiesen, daß die unwesentlichen Nebenumstände, das sogenannte Beiwerk, bei der römisch-rechtlichen falsa demonstratio lediglich Beschreibungen des rechtsgeschäftlichen Objektes sind, die ebensogut als überflüssig fortgelassen werden können. Wenn sich ein Irrtum in der Erklärungshandlung nicht auf eine solche überflüssige Beschreibung bezieht, so betrifft er den Kern des Rechtsgeschäfts ebenso wie ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Außerdem kann sich ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung

---

164) Danz, IherJahrb Bd.46 S.425 f.; dem haben sich Jacobsohn (Iher Jahrb Bd.56 S.362) und Larenz (Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S.79 f. Fußnote 2 zu S. 79) angeschlossen.

165) Titze, a.a.O., § 92. S. 93/94.

166) Bang, IherJahrb Bd. 66 S. 309 ff., insbesondere S. 353 bis 363.

auch auf Beiwerk im Sinne der römisch-rechtlichen Lehre von der falsa demonstratio beziehen. Die jetzige Lehre von der falsa demonstratio hat mit der römischrechtlichen nicht viel mehr als den Namen gemein.[167]

Alle diese Lösungsversuche können nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine uneingeschränkte Berücksichtigung des § 122 Abs. 2 BGB einer individuellen Gestaltung der Erklärungsmittel im Wege steht, weil diese Vorschrift logisch voraussetzt, daß ein Irrtum des Erklärenden auch dann vorliegen kann, wenn der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen des Erklärenden richtig versteht. Die Erklärung ist jedoch, wie oben dargelegt wurde,[168] nur das Mittel des Erklärenden, dem Erklärungsempfänger den Geschäftswillen zur Kenntnis zu bringen. Erfüllt die Erklärung diesen Zweck, so ist vom Rechtsstandpunkt auch nichts an ihr auszusetzen.[169] Danz führt daher mit Recht aus, daß der Richter die Willenserklärungen der Parteien nicht wie ein Schulmeister daraufhin nachzuprüfen habe, ob sie sich der üblichen (="richtigen"?) Ausdrucksweise bedient haben. Ob die individuellen Beziehungen der Parteien auf den vom üblichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn hinweisen, darf keine Rolle spielen, wenn der Erklärungsempfänger die Erklärung in dem gemeinten Sinn verstanden hat. Sowohl der § 117 Abs. 2 BGB als auch der § 133 BGB ergeben, daß der Erklärende bei Abgabe der Erklärung auf die Übereinstimmung seines Willens mit dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks nicht achten muß, um die Gültigkeit seiner Willenserklärung in dem gewollten Sinn zu erreichen. Sonst ließe sich eine individuelle Gestaltung der Erklärungsmittel gemäß Absprache oder Gewohnheit, wie sie anerkanntermaßen zulässig ist, nicht rechtfertigen.

Es liegt also entweder ein Gesetzeswiderspruch oder, was wahrscheinlicher ist, ein Redaktionsversehen vor. Im ersten Falle würden sich die einander widersprechenden Normen gegenseitig aufheben, wodurch eine Gesetzeslücke entstände, die durch die tragenden Werturteile des Gesetzes auszufüllen wäre.[170] Im anderen Falle ist der Gesetzeswiderspruch nur schein-

---

167) O. Fischer, JherJahrb Bd. 76 S. 1 ff.

168) Vgl. 2. d cc S. 43 bis 45

169) Vgl. H. Lehmann, a.a.O., § 30 IV. 4.a; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 200; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, § 8 3.

170) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 14 10. S. 179

bar. Das Problem wäre nur, welche Norm das Redaktionsversehen aufweist. Auch diese Frage ist nur dadurch zu lösen, daß auf die Interessenabwägungen des Gesetzes zurückgegriffen wird.

Die Protokolle geben Aufschluß darüber, daß mit den §§ 116 ff. BGB der Konflikt zwischen Privatautonomie und Vertrauensgrundsatz gelöst werden sollte.[171] Wo ein solcher Konflikt mangels eines Vertrauens des Erklärungsempfängers fehlt, erübrigt sich eine ausgleichende Regelung im Gesetz, weil sich die Rechtsfolge aus dem als selbstverständlich vorausgesetzten Grundsatz der Privatautonomie ergibt. Die §§ 116 ff. BGB greifen überhaupt nicht ein. Der § 122 BGB regelt nur den Tatbestand, daß jemand auf die Gültigkeit einer nichtigen oder anfechtbaren Erklärung vertraut und dadurch zu Schaden kommt. Wer jedoch weiß, wie der Erklärende seine Erklärung meint, kann nicht darauf vertrauen, daß sie in einem anderen Sinne rechtliche Gültigkeit hat. Dies hat der Gesetzgeber anscheinend übersehen. Jedenfalls ist § 122 Abs. 2 BGB dahingehend auszulegen, daß die Worte "kannte oder" zu streichen sind.

Das Interesse des Erklärenden verlangt die Wirkung der Erklärung in dem gemeinten Sinn; das Interesse des Erklärungsempfängers ist darauf gerichtet, daß die Erklärung so wirkt, wie er sie verstanden hat. Somit ist jede Willenserklärung, die vom Erklärungsempfänger so verstanden wird, wie sie der Erklärende meint, in dem gemeinten Sinne wirksam.[172] Das folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie, dem in diesem Fall der Rechtsgedanke des Vertrauensschutzes nicht entgegensteht.

---

171) Prot. I S. 94 ff.

172) H.M." vgl. z.B. RGZ Bd. 60 S. 340; Bd. 61 S. 265; Bd. 63 S.169; Bd. 66 S. 428 f.; Bd. 70 S. 393 f.; Bd. 99 S. 148; Bd. 109 S. 336; RG JW 1909 S. 47 f. Nr. 8; RG Seuff Arch Bd. 62 S. 133 f.; Bd. 85 S. 37; Staudinger-Coing, a.a.O., § 119, 57; Enneccerus - Nipperdey, a.a.O., § 166 IV S. 1032. A.A. R.Leonhard, a.a.O., § 9 S. 178 f. Anm.4; Fr. Leonhard, ArchZivPrax Bd. 120 S. 103 ff.; Crome, a.a.O., § 94 Anm. 28; zu Titze und Bang vgl. oben S. 54/55

b) Der Erklärungsempfänger ist im Zweifel darüber, was der Erklärende will

Wenn der Erklärungsempfänger nichts Bestimmtes versteht, bleibt der Vertrauensgrundsatz ebenfalls gegenstandslos. Die Erklärung kann daher in diesem Falle nicht in einem Sinne wirken, den der Erklärende nicht meint. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob der Erklärungsempfänger die Erklärung als solche für unverständlich hält oder ob seine Zweifel nur auf Grund von Umständen bestehen, die nicht zum Erklärungstatbestand gehören.[173] Wenn etwa aus Versehen eine Mitteilung an einen Dritten in den Briefumschlag gerät und der Erklärungsempfänger neben der Erklärung auch diese Mitteilung liest, die von der abgegebenen Erklärung handelt und einen anderen Eindruck vom Geschäftswillen des Erklärenden vermittelt als die Erklärung selbst,[174] so fehlt es an einem Vertrauen des Erklärungsempfängers genauso wie in dem Falle, daß die Erklärung selbst über den Inhalt des Geschäftswillens keinen klaren Aufschluß gibt. Schon daraus folgt, daß die beiden Fälle nicht verschieden behandelt werden dürfen.[175] Das bedeutet aber nicht, daß alle Fälle, in denen der Erklärungsempfänger über den gewollten Sinn der Erklärung im Zweifel ist, gleich zu behandeln sind. Dies leuchtet sofort ein, wenn man sich vor Augen hält, daß die Zweifel des Erklärungsempfängers unberechtigt sein können.

---

173) Der Kürze halber sollen solche Umstände in dieser Arbeit im Anschluß an Wedemeyer "Willensverräter" genannt werden. Wedemeyer definiert seine Willensverräter allerdings als Handlungen, aus denen man den Willen ihres Urhebers gegen dessen erkennbaren Willen herausliest. Hier sollen unter "Willensverräter" alle diejenigen Umstände verstanden werden, aus denen man auf den Geschäftswillen eines Rechtssubjektes ohne dessen Willen schließen kann. Vom Erklärenden aus betrachtet sind dies alle diejenigen Umstände, die er sich zur Mitteilung seines Geschäftswillens nicht zunutze macht.

174) Dieses Beispiel in etwas konkreterer Form stammt von R. Leonhard, a.a.O., § 9 S. 195 (auch S. 88); vgl. auch Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 459 f.

175) Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht man folglich nicht die Willensverräter künstlich in den Erklärungstatbestand einzuschieben, wie dies vor allem Isay tut. Vgl. dazu unten S. 62 ff.

Wann dies der Fall ist, hängt davon ab, wie die Erklärung auszulegen ist. Die Lehre von der Auslegung [176] geht nicht vom konkreten Eindruck des Erklärungsempfängers aus, um dann zu prüfen, ob er berechtigt sei, sondern sie geht den umgekehrten Weg. Von einigen Einschränkungen abgesehen [177] stellt die Auslegungslehre darauf ab, welche Bedeutung der Willenserklärung objektiv zukommt. Sie stützt sich hierbei auf § 157 BGB, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. [178] Der Inhalt der Willenserklärung soll durch die Verkehrssitte bestimmt werden, [179] so wie ein verständiger Erklärungsempfänger die Willenserklärung verstanden hätte. [180] Der so ermittelte objektive Sinn der Willenserklärung soll dann die Rechtsfolge bestimmen.

Es ist richtig, daß ein objektiver Sinn der Willenserklärung den Maßstab dafür liefern muß, ob sich der Erklärende verständlich ausgedrückt hat und ob der Eindruck des Erklärungsempfängers berechtigt ist. Daher kann ein objektiver Sinn der Willenserklärung für die Rechtsfolge maßgebend sein. Oft wird die Verkehrssitte den Maßstab bilden müssen, da die Ausdrucksweise in der Regel dem im Verkehr Üblichen entspricht. Deshalb muß die Verkehrssitte bei der Auslegung berücksichtigt werden (§ 157

---

176) Eine übersichtliche und klare Darstellung gibt Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 10 bis 29, S. 72 f.; vgl. auch Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 60 ff., insbesondere S. 218 ff.

177) Die oben (a S. 52 bis 56) behandelte falsa demonstratio (vgl. oben a S. 56 Fußnote 172); die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen sollen in subjektivem Sinne ausgelegt werden, auch wenn der Geschäftswille in der Erklärung einen noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 205 I. S. 1248 ff., insbesondere 4. S. 1250 f. und 2. S. 1249 Fußnote 13 und die dort zitierten Entscheidungen; zur nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung vgl. unten S. 61, Fußnote 193); Titze will sogenannte Nichtverkehrsgeschäfte subjektiv auslegen (a. a. O., S. 95 ff.), ähnlich Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 135.

178) Mit Recht führt Larenz aus, daß § 157 BGB keine vollständige Lösung für die Auslegungsmethode bietet (Methode der Auslegung, S. 7 ff.).

179) Vgl. z. B. RGZ Bd. 95 S. 124 und Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 18 S. 128 ff., der hervorhebt, daß es nicht auf die Erkennbarkeit seitens des Erklärungsempfängers ankomme, sondern auf den für den Erklärenden maßgebenden objektiven Sinn, seine Verkehrssitte (a. a. O., S. 133).

BGB).[181] Der objektive Sinn bleibt aber abstrakt und kann deshalb für sich allein betrachtet eine Rechtsfolge nicht rechtfertigen.[182] Dies zeigt sich deutlich dann, wenn der durch die Auslegung [183] ermittelte objektive Sinn der Willenserklärung weder mit dem vom Erklärenden gewollten Sinn noch mit dem Eindruck des Erklärungsempfängers übereinstimmt. Hier wird der objektive Sinn zur abstrakten Hypothese [184]: Ein verständiger Erklärungsempfänger hätte so, der konkrete Erklärungsempfänger hat anders verstanden. Das ist nicht nur bei der oben erörterten falsa demonstratio [185] der Fall. Es ist denkbar, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers sowohl von dem Geschäftswillen des Erklärenden als auch von dem abweicht, was ein verständiger Erklärungsempfänger verstanden hätte. In einem solchen Fall darf nicht der hypothetische Eindruck eines verständigen Erklärungsempfängers die Rechtsfolge bestimmen, an deren Eintritt ein berechtigtes Interesse niemand haben kann. Ein objektiver Sinn der Willenserklärung kann die Rechtsfolge nur dann bestimmen, wenn er entweder mit dem Geschäftswillen des Erklärenden oder mit dem Eindruck des Erklärungsempfängers übereinstimmt.[186] In jenem Fall kann die Rechtsfolge ihre Rechtfer-

---

180) Vgl. z. B. Leonhard, a.a.O., S. 85 ff., insbesondere S.87/88

181) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 41 II. 1. S. 272 zur auslegenden Verkehrssitte.

182) Ernst Jacobi (a.a.O., S.31) betont mit Recht, daß die Erklärung als solche nicht um ihrer selbst willen wirkt, da sie sonst immer wirken müßte.

183) Die juristische Auslegung unterscheidet sich von der Ermittlung des buchstäblichen Sinnes des Ausdrucks, der Zeichendeutung einerseits und der Feststellung des vom Erklärenden gemeinten Sinnes, der subjektiven oder historischen Auslegung andererseits. Diese Erkenntnis stammt von Franz Leonhard, ArchZivPrax Bd. 120 S. 47 ff.

184) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 4 1. S. 40 f,

185) Vgl. oben a S.52 bis 56.

186) An der Allgemeinverständlichkeit der Willenserklärung kann gegebenenfalls allerdings ein Dritter oder die Allgemeinheit ein Interesse haben. Für solche Fälle verlangt das Gesetz jedoch eine bestimmte Form für das Rechtsgeschäft oder neben der Willenserklärung weitere Tatbestandsmerkmale zu seiner Wirksamkeit (vgl. besonders §§ 11 ff. EheG, §§ 925, 873, 1154, 929 BGB, § 9 Abs.2 KartG). Außerdem wird der gute Glaube Dritter an das Vorhandensein von Willenserklä-

tigung nur im Grundsatz der Privatautonomie, in diesem lediglich im Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung finden.

Zudem gibt es mehrere objektive Bedeutungen der Willenserklärung,[187] so daß ein brauchbarer Maßstab nicht allein dadurch gefunden werden kann, daß man auf "den" objektiven Sinn abstellt. "Objektiv" heißt "gegenständlich beschränkt".[188] Ein objektiver Sinn ergibt sich erst dadurch, daß ein mehr oder weniger großer Kreis von Umständen, die auf den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens hindeuten, außer Betracht gelassen wird.[189] Wenn alle Umstände - also auch innere Tatsachen - richtig berücksichtigt werden, erhalten wir notwendig den subjektiven Sinn der Willenserklärung, also den vom Erklärenden gemeinten Sinn. Während es nur einen subjektiven Sinn der Willenserklärung gibt, gibt es eine große Zahl objektiver Bedeutungen der Willenserklärung, je nachdem, welche Umstände bei der Auslegung außer Betracht gelassen werden.[190]

Wenn also immer wieder hervorgehoben wird, daß der unter Berücksichtigung aller Umstände zu gewinnende objektive Sinn der Willenserklärung

---

rungen mehr oder weniger geschützt (z.B. §§ 170 ff.,405, 793 BGB, 366 HGB). - Manchmal ist die Öffentlichkeit Erklärungsempfänger vgl.z.B. § 657 BGB, auch Anmeldungen zum Handelsregister werden hierzu gerechnet. In diesen Fällen deckt sich die Allgemeinverständlichkeit der Erklärung mit dem Eindruck des Erklärungsempfängers. Grundsätzlich besteht jedoch kein Interesse der Öffentlichkeit an der Allgemeinverständlichkeit der privaten Willenserklärung. Deshalb ist die freie Gestaltung der Erklärungsmittel als zulässig allgemein anerkannt.
Die Rechtssätze des Privatrechts liegen nicht im Spannungsfeld zwischen der Freiheit des einzelnen und seiner Gemeinschaftsgebundenheit, wie Reinhardt anzunehmen scheint (a.a.O.,IV. 2. und 3. S.130 ff.),sondern im Bereich privater Gegensätze. Öffentlichrechtliche Eingriffe sind die Ausnahme (vgl.§ 134 BGB) und müssen es auch bleiben (vgl. Art. 19 Abs. 2 GG).

187) Vgl. vor allem Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 44, 49 auch Anm. 81.

188) Franz Leonhard,ArchZivPrax Bd. 120 S. 49 f.

189) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,Arch ZivPrax Bd.112 S. 42 bis S. 49

190) Vgl. Heck, ArchZivPrax Bd. 112 S. 42 bis S. 49

die Rechtsfolge bestimme ,[191] so ist das erstens widersprüchlich, weil bei Berücksichtigung aller Umstände kein objektiver Sinn herauskommen kann, zweitens ist es unrichtig, weil ein objektiver Sinn nur maßgebend sein kann, wenn er sich mit dem Eindruck des Erklärungsempfängers deckt[192] und drittens ist mit diesem Satze noch nichts gewonnen, solange nicht erhellt, welcher objektive Sinn maßgebend sein soll. Hier fängt die Problematik erst an - bei der Frage, welche Umstände nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die objektive Sinndeutung der Willenserklärung geschieht im Interesse des Erklärungsempfängers. Daraus folgt, daß die Auslegung auf solche Umstände gegenständlich beschränkt sein muß, die für den Erklärungsempfänger erkennbar sind.[193]

---

191) Vgl. oben S. 58/59, insbesondere Fußnoten 179 und 180

192) So Schmidt-Rimpler, ArchZivPrax Bd. 147 S. 193 f.; Rhode, a.a.O., S. 27, S. 40 ff., Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 194 ff.; in diesem Sinne ist vermutlich auch Raiser, a.a.O., § 14 I. 1. S. 154/155 zu verstehen, der hervorhebt, daß bei der Auslegung eine Abwägung der Interessen der Parteien vorzunehmen sei.

193) Auch nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen sind an einen Erklärungsempfänger gerichtet. Sonst wären es keine Erklärungen, da kein Mitteilungszweck vorläge. Der Unterschied zu den empfangsbedürftigen Willenserklärungen besteht lediglich darin, daß die Rechtdordnung die Rechtsfolge schon mit der Abgabe eintreten läßt. Das ändert nichts daran, daß die Willenserklärung für einen anderen abgegeben wird und an einen anderen, den Erklärungsempfänger, gerichtet ist. - Das Testament z.B. richtet sich entweder an einen oder alle Erben. Das ist das Natürliche. Darum sind privatschriftliche Testamente oft in Briefform verfaßt. Das Testament kann auch an das Nachlaßgericht gerichtet werden, wie es bei den notariell errichteten Testamenten der Fall ist. Es kann aber auch an denjenigen oder diejenigen gerichtet sein, der (die) es nach dem Tode des Verfassers liest (lesen). - Die Auslobung richtet sich an die Öffentlichkeit.
Der Mitteilungszweck der Willenserklärung (vgl. oben 2.d cc S. 43 ff) erfordert einen - wenn auch unbekannten - Erklärungsempfänger. Deshalb sind Handlungen, die nicht dazu dienen, anderen einen Geschäfts-

Damit darf aber die gegenständliche Beschränkung der Auslegung nicht aufhören. Der Erklärende darf nur insoweit für ein enttäuschtes Vertrauen haften, soweit er es veranlaßt hat. Gegenstand der Auslegung ist daher ein Verhalten des Erklärenden, das geeignet ist, beim Erklärungsempfänger den Eindruck hervorzurufen, der Erklärende wolle ihm einen bestimmten Geschäftswillen erklären. Das Verhalten des Erklärenden muß entweder eine Willenserklärung sein oder wenigstens als eine solche für den Erklärungsempfänger erscheinen. Hierbei muß berücksichtigt werden, daß sich der Erklärende, um dem Mitteilungszweck zu genügen, in der Regel Umstände zunutze macht, die er beim Erklärungsempfänger als bekannt voraussetzt: Vorverhandlungen, vorher zugesandte Drucksachen usw.[194] Diese gehören zur Erklärung, sofern sie dem Erklärungsempfänger erkennbar sind. Andere Umstände aber können nicht Bestandteil der Willenserklärung sein, weil sie keine Mittel des Erklärenden sind, dem anderen den Willen zu erklären.[195] Wenn solche anderen Umstände Schlüsse auf den Willen des Erklärenden zulassen oder zuzulassen scheinen, so sind das Willensverräter,[196] die der Erklärende verursacht haben mag, aber mit welchen er ein Vertrauen des Erklärungsempfängers nicht rechtsgeschäftlich veranlaßt haben kann. Denn soweit der Erklärungsempfänger nicht darauf vertraut, daß der Erklärende ihm seinen Willen mitteilen wollte, vertraut er nicht auf das Vorliegen einer bestimmten Willenserklärung, sondern er glaubt, den Willen des anderen richtig erraten zu haben. -

---

willen zu erklären, keine Willenserklärungen, Vgl. vor allem Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, §§ 41 ff. S. 295 ff.; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 415 ff., S. 448 ff.; H. Lehmann, a.a.O., § 24 IV. 2. S. 133 ff.; v. Tuhr, a.a.O., II 1 § 61 I. 2. S. 404; a.A. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 3. S. 899 ff.; vermittelnd Staudinger-Coing, E 7 vor § 104

Da für Vereinbarungen empfangsbedürftige Willenserklärungen erforderlich sind, hat die Streitfrage für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung. Sie soll hier deshalb nicht weiter vertieft werden.

194) Vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 456/457

195) Vgl. oben 2. d cc S. 43 bis 45; Franz Leonhard folgert aus der Beschränkung der Auslegung auf die Willenserklärung, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers für den Erklärungsinhalt nicht maßgebend sein dürfe (ArchZivPrax Bd. 120 S. 100 ff.). Diese Folgerung ist ein Trugschluß. Es wird von niemandem behauptet, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers in allen Fällen die Rechtsfolge der Willenserklärung bestimmt. Aus der Beschränkung der Auslegung auf die Willenserklärung folgt nicht, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers in keinem Falle die Rechtsfolge bestimmen dürfe.

Larenz unterscheidet Auslegungsgegenstand und Auslegungsmaterial. Auslegungsgegenstand sei die Willenserklärung, Auslegungsmaterial seien alle erkennbaren Umstände, also auch die Willensverräter. Es sei nicht einzusehen, meint Larenz, warum der Erklärungsempfänger nicht alle erkennbaren Umstände für die Sinndeutung berücksichtigen solle.[197] - Es ist Larenz darin beizutreten, daß der Erklärungsempfänger alles berücksichtigen muß, um den wirklichen Willen des Erklärenden zu erkennen.[198] Das Auslegungsmaterial soll aber den Auslegungsgegenstand nur richtig erkennen lassen, ihn deutlich ans Licht heben. Es ist indessen nicht in der Lage, den Auslegungsgegenstand selbst zu verändern. Wer zugibt, daß die Willensverräter nicht Bestandteil der Willenserklärung sind, muß auch einräumen, daß sie den Inhalt der Willenserklärung zwar beleuchten, nicht aber bestimmen können.[199]

Für die juristische Auslegung sind also die Willensverräter und die für den Erklärungsempfänger nicht erkennbaren Umstände auszuscheiden.

Da es Bestimmungen gibt, die vorschreiben, daß die Willenserklärung auszulegen ist, wird vom Erklärungsempfänger eine Deutungsdiligenz verlangt. Wenn geprüft wird, ob der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers berechtigt ist, muß, wenn die Prüfung zu rechtserheblichen Ergebnissen führen

---

196) Vgl. zu dem Begriff "Willensverräter" oben S. 57 Fußnote 173

197) Larenz, Die Methode der Auslegung, S. 18

198) Vgl. § 122 Abs. 2 BGB

199) Praktisch ähnelt die Auffassung von Larenz aber doch dem im Text vertretenen Standpunkt. Dies geschieht mittels der Figur der Zurechenbarkeit, die Larenz aus § 133 BGB ableitet. Er legt den § 133 BGB so aus, daß er besagt: "Es ist derjenige Sinn zu erforschen, den der Erklärende als verständlich ansehen darf." Daraus folgert Larenz dann, daß der Erklärende nur für den Sinn der Willenserklärung verantwortlich gemacht werden darf, der ihm zurechenbar ist, weil er mit einer solchen Deutung durch den Erklärungsempfänger rechnen kann (vgl. Methode der Auslegung, S. 70 ff.). Das Ergebnis ist nicht unbillig. Die rechtsdogmatische Begründung ist aber recht gewagt. Es läßt sich durch die Ausscheidung der Willensverräter rechtsdogmatisch weniger kompliziert begründen.

soll, die Obliegenheit des Erklärungsempfängers vorausgesetzt werden, den Geschäftswillen des Erklärenden zu erforschen.[200] Nur wenn der Erklärungsempfänger diese Obliegenheit erfüllt hat, wird sein Vertrauen geschützt. Er muß bei der Erforschung des wirklichen Willens alle ihm als Mitteilungsmittel erkennbaren Umstände verwerten und diese mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt deuten.[201]

Dieser Auslegungsobliegenheit des Erklärungsempfängers entspricht die Erklärungsobliegenheit des Erklärenden, sich so auszudrücken, daß der Erklärungsempfänger ihn richtig verstehen kann.[202]

Die Rechtsfolge der Willenserklärung wird also nicht von irgend einem hypothetischen objektiven Sinn bestimmt, sondern entweder vom Geschäftswillen des Erklärenden oder vom Eindruck des Erklärungsempfängers. Erfüllen beide ihre Obliegenheiten richtig, so werden sich Geschäftswille und Eindruck decken. Decken sie sich nicht, so hat mindestens einer seine Obliegenheit - nicht notwendig schuldhaft - verletzt. Der Richter hat die Aufgabe festzustellen, bei wem dies zutrifft. Ist es allein der Erklärungsempfänger, so richtet sich die Rechtsfolge nach dem Geschäftswillen des Erklärenden, ist es allein der Erklärende, so kann der Eindruck des Erklärungsempfängers die Rechtsfolge bestimmen. Haben beide versagt, so hat die Willenserklärung aus Gründen der Verkehrssicherheit überhaupt keine Rechtsfolge.[202a]

---

200) Vgl. Rhode, a.a.O., S. 40 ff.

201) Neben dieser Auslegungsobliegenheit des Erklärungsempfängers steht seine Deutungsobliegenheit im weiteren Sinne. Diese geht dahin, daß der Erklärungsempfänger alle Umstände zur Deutung des Geschäftswillens berücksichtigen muß, also auch die Willensverräter. Sie hat nur für den § 122 Abs. 2 BGB Bedeutung, da sie mit der eigentlichen Auslegung nichts zu tun hat. Vgl. oben S. 62/63.

202) Vgl. oben 3. S. 50

202a) Dies ist nicht mit dem in § 155 BGB geregelten "versteckten Einigungsmangel" zu verwechseln. § 155 BGB setzt sowohl einen wirksamen Vertragsantrag, als auch eine an sich intakte Annahmeerklärung voraus. Die beiden Willenserklärungen führen im Falle des § 155 BGB lediglich deshalb nicht zum Vertragsschluß, weil sie sich inhaltlich nicht entsprechen.
Wenn also entweder das Vertragsangebot oder die Annahme oder beide nicht wirksam erklärt sind, so taucht die Frage, ob Dissens vorliegt, gar nicht erst auf.

Nun läßt sich die Frage leicht lösen, was gelten soll, wenn der Erklärungsempfänger über den Sinn der Willenserklärung im Zweifel ist. Die Willenserklärung hat nur dann die vom Erklärenden gewollte Wirkung, wenn dieser seiner Obliegenheit nachgekommen ist, indem er sich so ausgedrückt hat, daß der Erklärungsempfänger ihn hätte verstehen können. Anderenfalls bewirkt die Willenserklärung keine Rechtsfolge,[203] also auch dann nicht, wenn der Erklärungsempfänger mit Hilfe von Willensverrätern den Geschäftswillen des Erklärenden hätte erkennen können.[204] Denn entscheidend ist auch hier, daß der Erklärende seine Obliegenheit verletzt hat und infolgedessen der Erklärungsempfänger nicht in der Lage war, den Willen des Erklärenden aus der Erklärung zu entnehmen.[205] Man darf also nicht schlechthin darauf abstellen, ob der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden hätte erkennen müssen. Vielmehr ist entscheidend, ob er den Willen des Erklärenden aus der Erklärung hätte entnehmen müssen.

---

203) Da kein bestimmter Eindruck von einem Geschäftswillen des Erklärenden vorliegt, kann sich auch keine Rechtsfolge nach einem Eindruck des Erklärungsempfängers richten. Vgl. oben S. 57. Wenn die Willenserklärung keine Rechtsfolgen hat, so entspricht dies dem Eindruck des Erklärungsempfängers, der der Erklärung nichts Bestimmtes entnehmen kann.

204) Daraus erhellt, daß die Nichtberücksichtigung der Willensverräter bei der Auslegung der Willenserklärung auch dem Erklärungsempfänger zugute kommen kann. Vgl. dazu auch oben S. 62 bis 63 und unten c bb 1. S. 69 ff., insbesondere S. 71/72

205) Vgl. oben 3. S. 49/50; Wenn der Erklärungsempfänger trotz einer Obliegenheitsverlertzung des Erklärenden dessen Geschäftswillen richtig versteht, so liegt ein Fall der sogenannten falsa demonstratio vor. Der Erklärende hat dann Glück gehabt. Er ist zu vergleichen mit demjenigen, der eine unerlaubte Handlung begeht, ohne einen Schaden zu verursachen.

c) Der Erklärungsempfänger hat vom Willen des Erklärenden einen bestimmten Eindruck, der unzutreffend ist

Wenn sich der Eindruck des Erklärungsempfängers und der Wille des Erklärenden nicht decken, hat das Gesetz, so müßte man meinen, nur drei Möglichkeiten. Entweder wird die Rechtsfolge vom Eindruck des Erklärungsempfängers bestimmt oder vom Willen des Erklärenden oder es tritt überhaupt keine Rechtsfolge ein. Es wird sich jedoch zeigen, daß die §§ 116 bis 122 BGB, die diese pathologischen Fälle [206] regeln, noch eine vierte Möglichkeit enthalten. Der Interessenausgleich des Gesetzes ist folgender:

aa) Der Erklärende führt den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers vorsätzlich herbei

Ruft der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers vorsätzlich hervor, so richtet sich die Rechtsfolge der Erklärung nach dem Eindruck des Erklärungsempfängers.

In der Ausdrucksweise des Gesetzes erscheint allerdings weder das Wort "Eindruck" noch das Wort "vorsätzlich". Vielmehr heißt es da, daß eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig sei, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehalte, das Erklärte nicht zu wollen (§ 116 Satz 1 BGB).

---

206) Schmidt-Rimpler tadelt, daß die Juristen bei der Erörterung der Theorie der Willenserklärung charakteristischerweise stets von diesen kranken Fällen auszugehen pflegen. Es wäre dasselbe, meint Schmidt-Rimpler, wie wenn man beim Eigentumserwerb den Erwerb vom Nichteigentümer zugrundelegen und also ausführen würde, daß Eigentum durch die Verfügung eines beliegen Rechtsgenossen übergehe, sofern der Erwerber an dessen Eigentum glaube, ArchZivPrax Bd. 147 S. 150 Fußnote 27. Die vorliegende Arbeit kann einer Darstellung der §§ 116 bis 122 BGB nicht entraten, weil der zu untersuchende Tatbestand (vgl. oben A. I S. 2) auch ein kranker Fall ist, der richtig eingeordnet werden muß.

Wenn aber jemand das, was er nicht will, in einer Erklärung als seinen Geschäftswillen ausgibt, so kann der Wille zu einer solchen Erklärungshandlung nur von dem Vorsatz getragen sein, einen falschen Eindruck zu erzielen,[207] einen Eindruck, der seinem Geschäftswillen - sofern ein solcher überhaupt vorhanden ist - nicht entspricht.[208]

Die Erkenntnis, daß dieser vom Erklärenden vorsätzlich herbeigeführte falsche Eindruck des Erklärungsempfängers zum Tatbestand des § 116 Satz 1 BGB gehört, wird durch die §§ 116 Satz 2 und 117 BGB bestätigt. Denn mit ihnen werden diejenigen Fälle des bewußten Auseinanderfallens von Geschäftswillen und Erklärung geregelt, in denen der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers oder sogar der Vorsatz zu seiner Herbeiführung fehlen.

Daneben muß betont werden, daß die Worte "Willenserklärung" und "das Erklärte" im Tatbestand des § 116 Satz 1 BGB leicht irreführen können. Denn unter dem "Erklärten", das mit dem Geschäftswillen nicht übereinstimmt, wird gemeinhin der objektive Sinn verstanden, den ein verständiger Erklärungsempfänger der Erklärung hätte entnehmen müssen. Das kann aber hier mit dem "Erklärten" nicht gemeint sein. Denn § 116 Satz 2 BGB zeigt, daß es unerheblich ist, ob der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden nur aus Fahrlässigkeit nicht erkennt. Folglich

---

207) Das Täuschungsmoment ergibt sich somit analytisch aus dem Begriff des Geheimvorbehaltes. Vgl. dazu Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, S. 50.

208) Kohler identifiziert "das Erklärte" mit der "Erklärung" und kommt daher zu dem Ergebnis, daß es den Tatbestand des § 116 Satz 1 BGB nicht gebe, da der Erklärende die Erklärung nicht gleichzeitig wollen und nicht wollen könne (IherJahrb Bd. 16 S. 94/95).
" Das Erklärte" und "die Erklärung" sind jedoch nicht identisch. Dieses ist die Erklärungshandlung, jenes ist die als gewollt erklärte Rechtsfolge (vgl. Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 43/44) Allerdings zeigt das Wort "insgeheim", daß der Erklärende im Tatbestand des § 116 Satz 1 BGB nicht nur die Erklärungshandlung will, sondern mit ihr auf die Herbeiführung eines bestimmten Eindrucks beim Erklärungsempfänger abzielt. Dieser Eindruck hat einen Geschäftswillen des Erklärenden zum Gegenstand. Dies ist aber kein unmöglicher Tatbestand, da man sehr wohl einen Geschäftswillen vortäuschen kann und dieser Vorsatz zur Täuschung kein Geschäftswille ist.

hat das "Erklärte" im § 116 Satz 1 BGB nicht den Sinn, den ein verständiger Erklärungsempfänger hätte erkennen müssen,[209] sondern den, den der getäuschte Erklärungsempfänger tatsächlich versteht. Der Eindruck entscheidet, - nicht etwa weil er sich mit einem objektiven Sinn der Erklärung deckt, sondern weil er vom Erklärenden vorsätzlich verursacht worden ist.

Der § 116 Satz 1 BGB enthält also ein Abwägung zwischen dem Interesse des Erklärungsempfängers und dem des Erklärenden, die eindeutig zugunsten des Erklärungsempfängers ausfällt, weil der Erklärende wegen seines Täuschungsvorsatzes für den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers voll verantwortlich sein muß.

Daraus folgt, daß auch diejenigen Fälle unter § 116 Satz 1 BGB fallen, in denen der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers mit dolus eventualis herbeiführt. Wenn der Erklärende zwar nicht genau weiß, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen wird, aber damit rechnet, daß er sie falsch verstehen wird, und diese Alternative im Stillen gutheißt, so ist das ein Fall des § 116 Satz 1 BGB, falls der Erklärungsempfänger die Erklärung dann wirklich falsch versteht.[210] Denn auch hier führt der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers vorsätzlich herbei.

---

209) Somit geht auch aus den §§ 116 Satz 2, 117 BGB hervor, daß der objektive Erklärungssinn, der sich weder mit einem Geschäftswillen noch mit irgendeinem Eindruck deckt, keine rechtliche Bedeutung hat. Denn falls der Erklärungsempfänger den Geheimvorbehalt hätte durchschauen müssen, ihn aber nicht durchschaut hat, weichen Eindruck und der objektive Sinn der Erklärung, wie ein verständiger Erklärungsempfänger sie hätte verstehen müssen, voneinander ab.
Vgl. zur Veranschaulichung unten IV. S. 84 Fußnote 249

210) Ähnlich Oertmann, BGB-Komm., § 116 Anm. 2 S. 378; gegen Oertmann Staudinger-Coing, § 116, 3. Dieser meint, daß objektiv mehrdeutige Erklärungen immer unwirksam sein müßten. Die objektive Bedeutung ist jedoch gerade diejenige, die der Erklärungsempfänger hätte verstehen müssen. Im Rahmen des § 116 BGB soll es aber auf das Kennenmüssen des Erklärungsempfängers gerade nicht ankommen. Ist die Erklärung objektiv mehrdeutig, so ist dies hier nur dann erheblich, wenn der Erklärungsempfänger wirklich Zweifel über den Inhalt der Erklärung bekommt. Anderernfalls muß der Erklärende wegen seiner Täuschung haften.

bb) Der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers ist vom Erklärenden nicht vorsätzlich verursacht

Ist der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers vom Erklärenden nicht vorsätzlich verursacht, so wird es erheblich, ob der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen des Erklärenden erkennen mußte oder nicht.[211]

1. Wenn der Erklärende seinen Geschäftswillen so erklärt, daß der Erklärungsempfänger ihn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus der Erklärung richtig entnehmen kann, so tritt die vom Erklärenden gewollte Rechtsfolge ein.[212] Denn hier hat der Erklärende seine Erklärungsobliegenheit erfüllt, der Erklärungsempfänger seine Auslegungsobliegenheit verletzt.[213]

Nach dieser Erkenntnis drängt sich erneut die Frage nach dem Anwendungsbereich des § 122 Abs. 2 BGB auf. Wenn die Willenserklärung so wirksam wird, wie der Erklärungsempfänger sie hätte verstehen müssen, so erscheint ein Irrtum des Erklärenden, den der Erklärungsempfänger

---

211) Wegen der BGH-Rechtsprechung zur stillschweigenden Unterwerfung unter allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. oben A. II. 1. S. 5), insbesondere BGHZ Bd. 9 S. 1 ff., wird die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des 'Wissen Müssens" jeweils deutlich hervorgehoben.

212) Daraus folgern Enneccerus-Nipperdey (a.a.O., § 206 II. S. 1259 f.), daß die von einer Partei der anderen rechtzeitig zugestellten Prospekte, Kataloge, Preislisten und Geschäftsbedingungen maßgebend seien, wenn die Kenntnisnahme durch den Erklärungsempfänger vor Geschäftsabschluß erwartet werden konnte. - Die Prospekte wären danach zur Erklärung des Unternehmers gehörige Umstände, die der Kunde kennen mußte. Dies würde aber zunächst nur die Vertragserklärung des Unternehmers betreffen. Wenn die Vertragserklärung des Unternehmers so ausgelegt werden muß, daß sie nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abgegeben ist, so bedeutet das noch nicht, daß der Vertrag auch so zustande kommt. Denn § 155 BGB setzt die Möglichkeit voraus, daß die Vertragserklärungen voneinander abweichen können, ohne daß die Vertragspartner es merken. Vgl. dazu ausführlich unten V. S. 99 und vor allem C. II. 3. c S. 109 ff., insbesondere S. 112.

213) Vgl. oben b S. 64/65 und 3. S. 50

kennen mußte, folgerichtig unmöglich. Denn entweder drückt sich der Erklärende so aus, daß der Erklärungsempfänger ihn bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt richtig verstehen muß - dann kann offenbar ein Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB nicht vorliegen - oder der Erklärungsempfänger versteht den Erklärenden trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht richtig - dann ist wieder § 122 Abs. 2 BGB nicht anwendbar, da es an einer Fahrlässigkeit des Erklärungsempfängers fehlt. Ein Drittes gibt es anscheinend nicht.

Während der 59 Jahre der bisherigen Geltung des BGB hat die höchstrichterliche Rechtsprechung den § 122 Abs. 2 BGB deshalb auch nur ein einziges Mal angewandt. Das war im Jahre 1913.[214] Hier hatte ein Grundstückeigentümer seiner Pächterin die Errichtung einer Trocknungsanlage für Zuckerrübenblätter schriftlich genehmigt mit dem - wohl mündlichen - Bemerken, daß er voraussetze, die Anlage werde an einer Stelle errichtet werden, wo sie die Ansicht oder Aussicht des (auf demselben Grundstück liegenden) Parks oder Schlosses nicht störe. Als der Eigentümer merkte, daß die Anlage durch Lärm, schlechten Geruch und Rußausstreuung die Bewohnbarkeit seines 70 m entfernten Schlosses störte, untersagte er den Betrieb. Da er auch den Lageplan (70 m Abstand vom Schloß) genehmigt hatte, war der Vertrag wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 306 BGB nichtig; denn die begleitende Bemerkung des Eigentümers ist als Bestandteil seiner Genehmigungserklärung aufzufassen.[215]

Das Reichsgericht stellte sich jedoch auf den Standpunkt, daß § 119 Abs. 2 BGB anzuwenden sei, weil der Grundeigentümer über die Eigenschaften einer Zuckerrübenblättertrocknungsanlage im Irrtum gewesen sei. Die Bemerkung des Eigentümers, die somit nicht Inhalt der Genehmigungs-

---

214) RGZ Bd. 81 S. 395 ff.; in RGZ Bd. 57 S. 88 und RGZ Bd. 116 S. 19 hat das Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 122 Abs. 2 BGB nebenbei erwähnt. Im ersten Falle handelte es sich jedoch um Dissens, im zweiten Falle um Fehlen der Geschäftsgrundlage.

215) Der Eigentümer wollte mit dieser Bemerkung der Pächterin seinen Geschäftswillen erläutern, also näher erklären. Es waren also nicht die §§ 119 Abs. 2, 122 Abs. 2 BGB, sondern die §§ 306, 307 BGB anzuwenden.

erklärung sein sollte (§ 119 Abs. 2 BGB !!), war nach Ansicht des Reichsgerichts der entscheidende Umstand, einen Schadensersatzanspruch der Pächterin u.a. wegen § 122 Abs. 2 BGB für unbegründet zu erklären.[216]

Wenn der Gesetzgeber in § 122 Abs. 2 BGB davon ausgeht, daß ein Irrtum des Erklärenden denkbar ist, den der Erklärungsempfänger infolge Fahrlässigkeit nicht kennt, so kann diese Möglichkeit nur aufgrund von Umständen bestehen, die nicht zur Willenserklärung gehören. Somit bestätigt der § 122 Abs. 2 BGB das oben [217] aus dem Veranlassungsprinzip abgeleitete Ergebnis, daß die Willensverräter bei der Auslegung der Willenserklärung unberücksichtigt bleiben müssen. [218]

Die Fälle, in denen der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers nicht vorsätzlich verursacht und dieser bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den Willen des Erklärenden hätte erkennen müssen, werden also nicht alle gleich behandelt.[219] Vielmehr ist zu unterschei-

---

216) RGZ Bd. 81 S. 398

217) b S. 62/63.

218) Von einem Redaktionsversehen kann man hier nicht mehr sprechen, weil ein Konflikt mit anderen Vorschriften nicht gegeben ist. Außerdem ist die Regelung durchaus sinnvoll, den Erklärungsempfänger nicht an den subjektiven Sinn der Willenserklärung zu binden, wenn der Erklärende sich mangelhaft ausgedrückt hat und der Erklärungsempfänger ihn infolgedessen falsch verstanden hat. Daß der Erklärungsempfänger ihn, den Erklärenden, dennoch aufgrund von Willensverrätern hätte verstehen können, muß dem Erklärenden nicht in demselben Maße zugute kommen, wie im Falle einer einwandfreien Erklärung.

219) Vgl. Franz Leonhard, ArchZivPrax Bd. 120 S. 66 ff., S. 100 ff.; a.A. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 468 ff., obwohl er den Kundgebungszweck begrifflich zur Willenserklärung rechnet. Dies ist widersprüchlich, weil die Willensverräter vom Kundgebungszweck nicht getragen sind. Enneccerus-Nipperdey, aaO. § 205, I. 5. S. 1251 f. und § 206 II. S. 1259 f.; Danz, IherJahrb Bd. 46 S. 388, 430; Jacobsohn, IherJahrb Bd. 56 S. 362; Düringer-Hachenburg, a.a.O., Allg. Einl. C. Anm. 9; Cosack, a.a.O., § 94 II. 2. b Beisp. I. 1. c; Sie wollen bei der Auslegung alle für den Erklärungsempfänger erkennbaren Umstände berücksichtigen. Konsequenterweise müßten diese Autoren auch die Willensverräter

den, ob der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen aus der Erklärung hätte entnehmen müssen oder ob er lediglich Willensverräter nicht verständig genug gewürdigt hat. In jenem Fall hat nur der Erklärungsempfänger seine Obliegenheit verletzt, in diesem Falle nur der Erklärende.[220] Die unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich dadurch, daß in diesem Falle der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers veranlaßt hat, in jenem nicht.[221] Ein Mangel des Verschuldens seitens des Erklärenden ist unerheblich. Hat der Erklä-

---

begrifflich mit zur Erklärung rechnen, wie dies Isay (Fischers Abh. Bd. 2 2.Heft S.8 ff.) tut. Denn Umstände, die nicht zur Erklärung gehören, dürfen nicht dafür entscheidend sein, was der Erklärende erklärt hat. Vgl. auch zu Larenz oben b S. 32/33.

Außerdem wäre die Existenz der allgemein anerkannten Rechtseinrichtung der fehlenden Geschäftsgrundlage infrage gestellt, wenn alle dem Erklärungsempfänger erkennbaren Umstände zur Erklärung gehören sollen.

220) Da der Erklärungsempfänger nicht seine Auslegungsobliegenheit verletzt hat, sondern nur seine Deutungsobliegenheit im weiteren Sinne, die nur im Rahmen des § 122 Abs. 2 BGB eine Rolle spielt. Vgl. dazu oben S. 64, insbesondere Fußnote 201.

221) Aus dem Veranlassungsprinzip folgt, daß die weiteren Willenserklärungen desselben Rechtsgeschäfts, die auf dem vom Erklärenden veranlaßten falschen Eindruck des Erklärungsempfängers beruhen, nicht von diesem sondern vom (zuerst) Erklärenden veranlaßt sind. Beispiel: Der Vertragsantrag ist falsch übermittelt worden, so daß der Oblat infolgedessen einen falschen Eindruck vom Geschäftswillen des Offerenten bekommt. Gibt der Oblat nun aufgrund seines falschen Eindrucks dann die Annahmeerklärung ab, die der Offerent schuldlos falsch verstehen muß, so hat er seinen eigenen falschen Eindruck vom Geschäftswillen des Oblaten letztlich selbst veranlaßt. - Wenn hier Dissens angenommen wird, wie dies das Reichsgericht in RGZ Bd. 68 S. 6 ff. (Semilodei Fall) getan hat, kann der Offerent wegen der falschen Übermittlung nicht aus den §§ 120, 122 Abs.1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der § 122 Abs. 1 BGB darf aber nicht durch Anwendung des § 155 BGB umgangen werden. Nicht der Oblat, sondern der Offerent hat seine Erklärungsobliegenheit verletzt. Auf Verschulden kommt es nicht an.

rende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers durch seine Erklärung veranlaßt, so wirkt die Erklärung nicht so, wie sie gemeint ist.

2. Der Erklärende hat vielmehr nur die Wahl, ob seine Willenserklärung keine Rechtsfolge haben oder so wirken soll, wie der Erklärungsempfänger sie verstanden hat,[222] obwohl dieser ihn - wenn auch nur aufgrund von Willensverrätern - richtig hätte verstehen können.[223] Diese Wahlmöglichkeit gibt das Gesetz dem Erklärenden vor allem deshalb, weil er ein Interesse daran haben kann, daß seine Erklärung wenigstens die verstandene Wirkung zeitigt, da sie die gewollte Wirkung nicht hat.[224] Damit der Erklärende die Wahlmöglichkeit nicht dazu verwendet, auf Kosten des Erklärungsempfängers zu spekulieren,[225] muß er dem Erklärungsempfänger ohne schuldhaftes Zögern erklären (§§ 121, 143 BGB), wie er sich entschieden hat. Kommt der Erklärende dieser Obliegenheit nicht nach, so wird er so behandelt, als ob er sich für die Geltung der Willenserklärung in dem vom Erklärungsempfänger verstandenen Sinn entschieden habe. Hat er sich aber dafür entschieden, daß seine

---

222) Ob dies mit der Ausnahme des § 118 BGB auch dann gelten soll, wenn der Erklärende mit dem Verhalten, das den Eindruck des Erklärungsempfängers veranlaßt hat, überhaupt keinen Geschäftswillen erklären will, ist sehr umstritten. Zum Erfordernis des Erklärungsbewußtseins vgl. unten 6 S. 80

223) Gleichzusetzen ist der Fall, daß der Erklärungsempfänger nur aufgrund von Willensverrätern über den Inhalt des Geschäftswillen hätte Zweifel bekommen müssen.

224) Vgl. Prot. I S. 106: "Der Urheber der unter einem wesentlichen Irrtum abgegebenen Willenserklärung erfahre keine unbillige Behandlung, wenn die Willenserklärung einstweilen als gültig betrachtet und ihm nur freigestellt werde, dieselbe durch einen besonderen Willensakt hinfällig zu machen..... es lasse sich nicht absehen, weshalb auch der andere oder gar jeder unbeteiligte Dritte auf unbeschränkte Zeit hinaus die Ungültigkeit solle geltend machen dürfen, und zwar selbst in solchen Fällen, in denen der Irrende trotz des Irrtums mit der Aufrechterhaltung der Willenserklärung vollkommen einverstanden sein würde. Eine andere Frage sei, wie der auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertrauende Dritte im Falle der Anfechtung zu schützen sei".
Der Ausschluß der Wahlmöglichkeit für den Fall, daß der Erklärende im Zeitpunkt der Erklärungsabgabe bei Kenntnis der Sachlage und bei

mißglückte Erklärung keine Rechtsfolgen haben soll, und dies ohne schuldhaftes Zögern dem Erklärungsempfänger erklärt, so hat seine Willenserklärung dementsprechend keine Rechtsfolgen (§§ 119 Abs.1, 120, 121, 142 Abs. 1, 122 Abs. 2 BGB).[226] Hat sich der Erklärende dafür entschieden, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers gelten soll, und dies dem Erklärungsempfänger erklärt, so hat die Willenserklärung dementsprechend diese Wirkung (§ 144 BGB).

3. Oft wird der Erklärungsempfänger nicht in der Lage sein, den wirklichen Willen des Erklärenden zu erkennen, ohne daß der tatsächliche Eindruck des Erklärungsempfängers vom Erklärenden veranlaßt wäre. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Erklärungsempfänger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt keinen bestimmten Willen aus der Erklärung hätte entnehmen dürfen. Auch ist denkbar, daß der Erklärungsempfänger einen vom Willen des Erklärenden abweichenden Eindruck hätte haben müssen, der sich mit seinem tatsächlichen Eindruck nicht deckt. Hier wird die Rechtsfolge der Willenserklärung nicht vom Eindruck des Erklärungsempfängers bestimmt, weil dieser vom Erklärenden nicht veranlaßt ist. Da der Erklärende seine Erklärungsobliegenheit verletzt hat und infolgedessen der Erklärungsempfänger den Willen des Erklärenden nicht verstanden hat, kann auch der Geschäftswille die Rechtsfolge der Willenserklärung nicht bestimmen. Es tritt überhaupt keine Rechtsfolge ein, da sowohl Erklärender als auch Erklärungsempfänger ihre Obliegenheiten verletzt haben.[227]

---

verständiger Würdigung des Falles die Erklärung so hätte abgeben wollen, wie der Erklärungsempfänger sie verstanden hat (vgl. §§ 119 Abs. 1, 120 BGB), ist kaum von praktischer Bedeutung. Vgl. dazu z.B. H. Lehmann, a.a.O., § 34 III. 2. a. S. 252. Jedenfalls hat dieser Ausschuß der Wahlmöglichkeit für den vorliegenden Fall keine Bedeutung.

225) Vgl. Prot. I S. 113

226) und zwar von Anfang an (§ 142 Abs.1 BGB).

227) Vgl. oben b S. 63/64 und 3. S. 50. Beachte aber den unter Fußnote 223 (s. 73) erwähnten Fall, daß der Erklärungsempfänger nur aufgrund von Willensverrätern über den Inhalt des Geschäftswillens hätte Zweifel bekommen müssen. Hier ist der falsche Eindruck des Erklärungsempfängers vom Erklärenden veranlaßt.

4. Es bleibt der Fall zu erörtern, in dem der Eindruck des Erklärungsempfängers nicht nur vom Erklärenden veranlaßt wird, sondern darüberhinaus auch durch Willensverräter nicht berichtigt oder wenigstens erschüttert werden kann. Auch hier wird der Erklärende vor eine Wahl gestellt, vor die Wahl nämlich, ob seine Erklärung so wirken soll, wie der Erklärungsempfänger sie verstanden hat [228] oder ob er dem Erklärungsempfänger den möglicherweise entstandenen Vertrauensschaden ersetzen will. Der Grund des Gesetzgebers für die Normierung dieser Wahlmöglichkeit ist derselbe, wie im oben unter 2. (S. 73 / 74) erörterten Fall: Der Erklärende kann ein Interesse daran haben, daß seine Erklärung wenigstens die vom Erklärungsempfänger verstandene Wirkung zeitigt, da sie die gewollte Wirkung nicht hat.[229] Auch hier muß der Erklärende dem Erklärungsempfänger seine Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern erklären (§§ 121, 143 BGB).[230] Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so wird er so behandelt, als ob er sich für die Geltung der Erklärung in dem vom Erklärungsempfänger verstandenen Sinn entschieden habe. Hat er aber ohne schuldhaftes Zögern dem Erklärungsempfänger erklärt, daß die Erklärung nicht gelten soll (Anfechtungserklärung) [231], so hat der Erklärungstatbestand lediglich die Rechtsfolge, daß der Erklärende verpflichtet ist, dem Erklärungsempfänger den Vertrauensschaden zu ersetzen (§§ 119 Abs. 1, 120, 121, 142 Abs. 1, 122 Abs. 1 BGB).

Der Vertrauensgrundsatz erfordert naturgemäß nicht mehr, als daß dem auf die Gültigkeit der Erklärung schuldlos vertrauenden Erklärungsempfänger der Schaden ersetzt wird, den er infolge seines Vertrauens erleidet.[232]

---

228) Beachte jedoch die Ausnahmeregelung in den §§ 118, 122 BGB. Über die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift vgl. unten 6. S. 79 f., insbesondere Fußnote 241

229) Vgl. oben S. 73 Fußnote 224

230) Vgl. zum Zweck dieser Obliegenheit oben S. 73 Fußnote 225

231) Daß der Erklärende das Wort "anfechten" gebraucht, ist nicht erforderlich. Es genügt jede Erklärung, aus der hervorgeht, daß er das Geschäft nicht gelten lassen will. Vgl. dazu RGZ Bd. 48 S. 221; RGZ Bd. 65 S. 88; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 170 I. S. 1054

232) Vgl. Prot. I S. 107: "Eine Festhaltung des Irrenden an der Erklärung sei unberechtigt, wo noch kein Schaden entstanden sei, bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften usw. Der neueren Rechtsentwicklung geschehe Genüge, wenn dafür gesorgt werde, daß der andere Teil durch den Irrtum keinen Schaden erleide".

Würde hingegen der Erklärende zu einem Geschäft gezwungen, das er nicht gewollt hat, so würde der Erklärungsempfänger von dem Irrtum seines Partners ohne berechtigten Grund profitieren. - Außerdem verlangt der Grundsatz der Privatautonomie, daß eine rechtsgeschäftliche Rechtsfolge ohne die inhaltlich entsprechende Willensentscheidung des Erklärenden nicht eintritt.

Hat sich der Erklärende allerdings dafür entschieden, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers gelten soll, und dies dem Erklärungsempfänger erklärt, so hat die Willenserklärung dementsprechend diese Wirkung (§ 144 BGB).

d) Willenserklärung an mehrere Erklärungsempfänger

Je größer die Zahl der Erklärungsempfänger ist, desto geringer ist die Möglichkeit, die Erklärungsmittel individuellen Absprachen oder Gewohnheiten gemäß zu gestalten. Ist gar die Öffentlichkeit Erklärungsempfänger - wie z.B. bei der Auslobung, aber auch bei der Veröffentlichung allgemeiner Geschäftsbedingungen - so schwindet diese Möglichkeit ganz und für die Frage, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen mußte, greift ein überindividuell objektiver Maßstab ein.

Diese Beobachtung darf aber nicht dazu verleiten anzunehmen, daß das Gesetz für Willenserklärungen an mehrere Erklärungsempfänger eine Ausnahmeregelung treffen wollte oder diesen Fall überhaupt nicht geregelt hat. Besonders § 143 Abs. 4 BGB belehrt uns darüber, daß die oben dargestellte Interessenabwägung des Gesetzes auch für diese Willenserklärungen gelten soll. Die Verschiedenheiten bei der Auslegung ergeben sich nicht auf Grund einer Verschiedenheit der gesetzlichen Regelung, sondern auf Grund der Verschiedenheit in der Zahl der Er-

Tatbestand		Rechtswirkung
Der Erklärungsempfänger versteht die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn		Nach Geschäftswillen
Der Erklärungsempfänger ist im Zweifel darüber, was der Erklärende meint	Der Erklärende drückt sich so aus, daß der Erklärungsempfänger ihn richtig hätte verstehen können	Nach Geschäftswillen
	Der Erklärende veranlaßt die Zweifel des Erklärungsempfängers durch mangelhafte Ausdrucksweise	keine

Gesetz	Rechtsgedanke	Text
§§ 117 Abs. 2, 133 BGB	Privatautonomie	S. 52 bis S. 56
§ 133, 157 BGB	Privatautonomie	S. 57 bis S. 65
§ 133, 157 BGB	Veranlassungsprinzip, Verkehrssicherheit	

Tatbestand		Rechts
Der Erklärungsempfänger hat vom Willen des Erklärenden einen bestimmten Eindruck, der unzutreffend ist	Der Erklärende führt den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers vorsätzlich herbei	Nach
	Der Erklärende drückt sich so aus, daß der Erklärungsempfänger den Geschäftswillen aus der Erklärung hätte richtig entnehmen können.	Nach schäft willen
	Der Erklärungsempfänger kann den Geschäftswillen des Erklärenden zwar nicht erkennen; doch ist der tatsächliche Eindruck des Erklärungsempfängers vom Erklärenden nicht veranlaßt	keine
	Der Erklärungsempfänger hätte den Geschäftswillen des Erklärenden nur auf Grund von Willensverrätern erkennen können	Nach druck keine
	Der Erklärungsempfänger hätte nur auf Grund von Willensverrätern über den Inhalt des Geschäftswillens Zweifel bekommen müssen	Nach druck oder keine
	Der Eindruck des Erklärungsempfängers ist vom Erklärenden veranlaßt und kann auch durch Willensverräter nicht berichtigt oder erschüttert werden	Nach druck oder keine

wirkung	Gesetz	Rechtsgedanke	Text
Eindruck	§ 116 Satz 1 BGB	Vertrauensschutz Veranlassungs-prinzip	S. 66 bis S. 68
Ge- s-	§§ 133, 157 BGB	Privatautonomie	S. 69 bis S. 72
	§§ 133, 157 BGB	Verkehrssicher-heit	S. 73/74
Ein- oder	§§ 119 Abs.1, 120, 121, 142 Abs. 1 122 Abs. 2 BGB	Verkehrssicher-heit, Veranlas-sungsprinzip, Vertrauensschutz (abgeschwächt)	S. 69 bis S. 73
Ein-	§§ 119, Abs.1 120, 121, 142 Abs.1 122 Abs.2 BGB	Verkehrssicherheit, Veranlassungsprin-zip, Vertrauens-schutz (abge-schwächt)	S. 73 u. 74, ins-besondere Fußnoten 223 u.227
Ein-	§§ 119 Abs.1 120, 121, 142 Abs. 1 122 Abs. 1 BGB	Vertrauensschutz, Veranlassungsprin-zip, Verkehrssi-cherheit	S. 75/76

klärungsempfänger, die durch die elastische Regelung des Gesetzes, wie sie oben dargestellt wurde, berücksichtigt wird. [233]

6. Ergebnis

Obwohl sich der Gesetzgeber hinsichtlich des Begriffs der Willenserklärung mit der dargestellten Regelung nicht festlegen wollte, hat die Wissenschaft diesen Begriff in ihr finden zu können geglaubt. [234] Das führte zu den ständigen Versuchen, zwei heterogene Rechtsgedanken in einen einzigen Begriff zu pressen. [235] Der Rechtsgedanke des Vertrauensschutzes findet sich als allgemeines deutschrechtliches Gedankengut in sehr vielen Rechtssätzen unseres geltenden Rechts wieder, so daß sogar die Auffassung vertreten wurde, es handle sich um einen unser ganzes bürgerliches Recht beherrschenden Grundsatz, wonach das Recht das Vertrauen auf äußere Tatbestände regelmäßig schütze. [236]

Ist es richtig, von einem Vertrauensgrundsatz im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs zu sprechen, so muß der Gegenstand des Vertrauens ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung sein.

---

233) Zur Frage einer Gesetzeslücke für den Bereich des rechtsgeschäftlichen Massenverkehrs vgl. unten D. II. S. 131 ff.

234) Manigk meinte, dem Gesetzgeber schwebe ein Begriff vor, den es zu extrahieren gelte (Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 18 ff.). Dem Gesetzgeber schwebte der willenstheoretische Begriff vor (vgl. oben S. 2[illegible] Fußnote 76). Doch dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Wissenschaft nicht hindern, den Begriff der Willenserklärung in freier Weise zu entwickeln (vgl. oben S. 24)

235) Staudinger-Coing, § 104 E2 h

236) Vor allem H. Meyer, Fischers Abhandlungen Bd. 18 Heft 2, S. 96

Denn wenn das Objekt des Vertrauens nicht rechtserheblich wäre, so wäre auch das Vertrauen auf sein Vorhandensein unerheblich. Der Vertrauensgrundsatz greift eben erst ein, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal fehlt. Nur dann kann ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Vorliegen des wesentlichen Tatbestandsmerkmals dieses selbst ersetzen. - Daraus erhellt, daß Privatautonomie und Vertrauensgrundsatz durch einen einzigen Begriff nicht erfaßt werden können.

Eine weitverbreitete Meinung versucht dies dennoch, indem sie zwar nicht den Geschäftswillen, aber immerhin das Erklärungsbewußtsein für den Begriff der Willenserklärung verlangt.[237] Auch das Reichsgericht führte aus, daß die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden niemals fehlen dürfe: "Fehlt sie, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames, noch ein unwirksames."[238] Es findet diesen Satz im Anschluß an die Motive, wonach der rechtsgeschäftliche Rechtserfolg "deswegen eintritt, weil er gewollt ist."[239]

Andererseits könne, so lehrt die herrschende Meinung, der Geschäftswille nicht Begriffsmerkmal der Willenserklärung sein, weil sie auch wirken könne, ohne daß ein entsprechender Wille zugrundeliege.[240]

Hier wird übersehen, daß gleichen Wirkungen nicht notwendig gleiche Ursachen zugrundeliegen müssen. Das Vertrauen im rechtsgeschäftlichen Verkehr wird auch dann geschützt, wenn der Begriff der Willenserklärung nicht seines wesentlichen Kernes beraubt wird, - indem nämlich die aus Gründen des Vertrauensschutzes eintretenden Rechtsfolgen an einen Tatbestand geknüpft werden, der keine Willenserklärung darstellt, sondern dem Erklärungsempfänger als eine Willenserklärung erscheint.

---

237) Vgl. vor allem H. Lehmann, a.a.O., §§ 24 (S. 134) und 34 III. (S. 241 f.); Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 145 II. A. 4. S. 901 f. und die dort Genannten.

238) RGZ Bd. 68 S. 325; dann ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts: RGZ Bd. 79 S. 304; Bd. 122 S. 140; Bd. 157 S. 233; Warn Rspr. 1919 Nr. 155 S. 238; RG HRR 1929 Nr. 186

239) Mot. I S. 126

240) Vgl. z.B. H. Lehmann, a.a.O., §§ 24 IV. 1. b S. 241 f.

Vor allem aber geht die Rechtfertigung der Rechtsfolge durch den Willen des Erklärenden nicht nur dann fehl, wenn der Erklärende überhaupt keinen Rechtsfolgewillen hatte, sondern auch dann, wenn ein solcher vorhanden war, aber nicht erklärt wurde und infolgedessen die Rechtsfolge nicht bestimmen kann. Weder in dem einen noch in dem anderen Fall findet die Privatautonomie einen Anwendungsbereich. Wenn ein wirklich vorhandener Geschäftswille im Verhalten des Erklärenden nicht erkennbar wird, so liegt eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung eben mangels Erklärung nicht vor und es darf dann nicht mehr begriffswesentlich sein, ob der Erklärende eine Willenserklärung vergeblich versucht hat. 241)

---

241) Wenn der Erklärungsempfänger einen falschen Eindruck veranlaßt, so kann es auch vom Standpunkt des Vertrauensschutzes aus keinen Unterschied machen, ob der Erklärende keinen Geschäftswillen hatte oder einen anderen, den der Erklärungsempfänger weder verstanden hat noch verstehen konnte. Vgl. dazu Hölder, IherJahrb Bd. 58 S. 105 f.
Allerdings ist das Erklärungsbewußtsein für den Begriff der Willenserklärung erforderlich. Dies ist aber nur deshalb der Fall, weil der Geschäftswille ein Erklärungsbewußtsein notwendig voraussetzt. - Damit soll nicht behauptet werden, daß der Begriff des Erklärungsbewußtseins unbrauchbar ist. § 118 BGB legt eine unterschiedliche Behandlung zwischen einem mißlungenen Erklärungsversuch und einem Verhalten, dem nicht einmal ein Erklärungsbewußtsein zugrundeliegt, nahe. In jedem Fall kann der Eindruck des Erklärungsempfängers die Rechtsfolge bestimmen, wenn die Anfechtungserklärung nicht bzw. nicht ohne schuldhaftes Zögern erfolgt, in diesem Fall kann sich der Erklärende mit der Aufklärung des Mißverständnisses mehr Zeit lassen. Da in dem mit dieser Arbeit zu untersuchenden Tatbestand (vgl. A.I. S. 2) der Kunde ohne schuldhaftes Zögern angefochten hat, spielt die entsprechende Anwendung des § 118 BGB hier keine Rolle. Deshalb soll diese Frage nicht weiter vertieft werden.

Auch in diesem Falle hatte der Erklärende die Willenserklärung, die er abgeben wollte, nicht abgegeben und seinem Verhalten, das den Schein einer anderen Willenserklärung veranlaßte, liegt der entsprechende Wille nicht zugrunde.

Der Begriff der Willenserklärung muß, wenn er brauchbar sein soll, am Rechtsgedanken der Privatautonomie orientiert werden.[242] Dieser ist oben [243] dargestellt worden. Danach muß der Geschäftswille das wesentlichste Merkmal der Willenserklärung bilden.[244] Außerdem ist die vom Mitteilungszweck getragene Erklärung des Geschäftswillens an einen oder mehrere Erklärungsempfänger erforderlich.[245] Verfehlt sie ihren Mitteilungszweck, so muß sie aus Gründen der Verkehrssicherheit doch geeignet sein, ihm zu genügen.[246]

Die rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist also ein Verhalten, dem ein auf eine rechtlich gesicherte Gestaltung eines Lebensverhältnisses gerichteter Wille zugrundeliegt und das diesen Willen dem Erklärungsempfänger gegenüber so ausdrückt, daß dieser dadurch den Willen erkennt oder doch erkennen müßte.

---

242) Vgl. oben 1. A. 25 / 26 , insbesondere S. 26 und Fußnote 81

243) Vgl. 2. S. 27 bis 46, den Gedanken der mit der Privatautonomie notwendig verknüpften Verkehrssicherheit (vgl. oben 3. S. 46 bis 50) mit einbegriffen; vgl. auch die Ausführungen zur Auslegungslehre unter 5. b S. 58 bis 65

244) Vgl. oben 2. a S. 27 bis 30 und 2. c S. 32 bis 37

245) 2. d cc S. 42 bis 46 vgl. auch die Ausführungen zur Auslegungslehre unter 5. b S. 58 bis 65

246) Vgl. oben 2. d cc S. 45 / 46 und 3. S. 46 bis 50; eine nicht verkehrstaugliche Erklärung ist keine Willenserklärung, sondern nur eine unerhebliche Willensbetätigung.
Der Gedanke der Verkehrssicherheit vermag indessen die Polarität zwischen Privatautonomie und Vertrauensschutz nicht zu überwinden. Denn die Verkehrssicherheit wird durch verschiedene Mittel gewährleistet (vgl. dazu oben 3. S. 50).
Die präventiven Mittel (vgl. oben 3. S. 46 bis 50) sind von dem Vertrauensschutz, der vom Standpunkt der Verkehrssicherheit die schädlichen Folgen der eingetretenen Störung nur einschränkt, beinahe ebenso verschieden, wie Privatautonomie und Vertrauensschutz im Interesse des Erklärungsempfängers.

IV. DIE VERTRAGSERKLÄRUNG DES UNTERNEHMERS

Die obige Definition der Willenserklärung erinnert an das Urteil des Bundesgerichtshofes in BGHZ Bd. 9 S. 1 ff. Danach soll eine stillschweigende Unterwerfung des Kunden unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegen, wenn der Kunde wisse oder wissen müßte, daß der Unternehmer seinen Geschäften allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen pflege. In der Tat ist das Wissen oder Wissenmüssen des Kunden nach der Theorie der Willenserklärung nicht unerheblich. Denn es ist wichtig für die Frage, ob eine Willenserklärung des Unternehmers vorliegt, die die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Inhalt hat oder doch auf eine Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des Vertrages mit dem Kunden gerichtet ist.

Der bloße Wille des Unternehmers nämlich, allen seinen Geschäften mit den Kunden bestimmte allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen, genügt nicht. Der Unternehmer muß diesen Willen dem Kunden gegenüber so erklären, daß dieser ihn dadurch erkennt oder doch erkennen kann.[247] Im Rahmen dieser Frage werden die Voraussetzungen interessant, die das Reichsgericht in RGZ Bd. 103 S. 85 für die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgestellt hat.[248] Die "ordnungsgemäße" Veröffentlichung oder die Zusendung eines Prospekts kommt als eine Erklärung des unternehmerischen Willens an die Kunden in Betracht. Außerdem muß sie, um dem Sinn der Privatautonomie und den Erfordernissen der Willenserklärung

---

247) Das übersieht Raiser (a.a.O., § 13 III. 1. S. 152), der es genügen läßt, daß "der Wille des Unternehmers, zu seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen, allermeist als selbstverständlich unterstellt werden kann, und daraus schließt, daß das rechtliche Problem "nur" in der Frage liegt, "ob auch der Kunde die allgemeinen Geschäftsbedingungen als für ihn verbindlich angenommen hat". Danach käme also eine Vereinbarung der allgemeinen Geschäftsbedingungen schon dann zustande, wenn auf der Unternehmerseite ein Wille ohne Erklärung und auf der Kundenseite eine Erklärung ohne Willen vorliegt.

248) Vgl. oben A. II. 1. S. 14 ff.

zu genügen, vom Mitteilungszweck getragen sein.[249] Anderenfalls will sich der Unternehmer im Bedarfsfalle auf seine allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen können, ohne vorher eine diesbezügliche Vereinbarung mit dem Kunden treffen zu wollen.[250] Mangelnde Augenfälligkeit der Veröffentlichung und andere Indizien können dem Richter einen derartigen Versuch, die Privatautonomie zu mißbrauchen, offenbaren.

Nach einer verbreiteten Auffassung können allgemeine Geschäftsbedingungen, auch ohne Inhalt des Vertrages zu werden, kraft Rechtsgeschäfts zwischen den Parteien Geltung erlangen.[251] Dieser Tatbestand, in welchem die Vertragserklärungen der Parteien nicht auf die einzelnen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelungen, sondern auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im ganzen gerichtet sind, wird "Unterwerfung" genannt.[252]

Danach sind zwei Möglichkeiten zu erörtern:

1. Die Vertragserklärung des Unternehmers hat die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Inhalt

2. Die Vertragserklärung des Unternehmers ist u. a. auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im ganzen gerichtet (= Unterwerfungserklärung).

---

249) Vgl. oben III. 2 d cc S. 47 ff., insbesondere S. 43 bis 45; vgl. auch oben S. 82; die Veröffentlichung wäre anderenfalls nicht einmal ein Willensverräter im obigen (S. 57 Fußnote 173) Sinne, weil der Unternehmer gar keine Vereinbarung und somit kein Rechtsgeschäft über die allgemeinen Geschäftsbedingungen anstreben würde. Es fehlte ihm somit am Geschäftswillen, obwohl er die rechtliche Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wollte. Daran läßt sich erkennen, wie eng Mitteilungszweck und Geschäftswille miteinander verbunden sind. Da der Unternehmer damit rechnete, der Kunde werde seine Vertragserklärung nicht nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen verstehen, wäre § 116 Satz 1 BGB zugunsten des Kunden anzuwenden. Vgl. dazu oben III. 5. c aa S. 66 ff.

250) Daß solche Fälle nicht selten sind, hat Großmann-Doerth (a.a.O. S. 8/9) an Hand von Beispielen dargetan.

251) Vgl. Eilles, ZZP Bd. 62 S. 2 ff.; Herschel, DR 1941 S. 1728 und DR 1942 S. 753 ff.; RG DR 1941 S. 1212; Näheres unten 2. S. 89 ff.

252) Vgl. Baumbach-Duden, a.a.O., Anh. I nach § 346 Anm. 2, 1. S. 583

1. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Inhalt der Vertragserklärung

Da die allgemeinen Geschäftsbedingungen die Hauptpunkte des Vertrages nicht regeln, kann in ihrer Veröffentlichung oder Zusendung kein Antrag zum Abschluß bestimmter Einzelverträge gesehen werden.[253] Der Wille, den der Unternehmer durch die Veröffentlichung ausdrückt, besteht darin, alle Einzelverträge nach Maßgabe der veröffentlichten Bedingungen abzuschließen. Wenn also die Veröffentlichung des Unternehmers eine Offerte an die Kunden darstellen soll, so nur zum Abschluß eines Vertrages, durch den sich Unternehmer und Kunde gegenseitig verpflichten, ihren künftigen Geschäften die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers zugrunde zu legen. Aber ein solcher Verpflichtungswille liegt der Veröffentlichung in aller Regel nicht zugrunde. Die Veröffentlichung oder Zusendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist also für sich allein betrachtet meistens keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern ein Umstand, den sich der Unternehmer bei seiner Einzelvertragserklärung an den Kunden zunutze macht.

Wenn sich der Erklärende Umstände zunutze macht, von denen er annimmt, daß der Erklärungsempfänger sie kennt, so gehören diese Umstände zum Inhalt der Willenserklärung, sofern der Erklärungsempfänger sie wirklich kennt oder doch kennen muß.[254] So kann die Veröffentlichung dann zum Inhalt der einzelvertraglichen Willenserklärung werden, wie auch Vorverhandlungen den Inhalt der endgültigen Vertragserklärungen mitbestimmen können. Ob die Veröffentlichung oder Zusendung zum Inhalt der Vertragserklärung des Unternehmers wird, hängt somit davon ab, ob der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt oder doch kennen muß.

Kennt der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen, so kommt es nicht darauf an, ob die Veröffentlichung "ordnungsgemäß" war oder ob es sich um einen Großbetrieb handelt, bei dem die Aufstellung

---

253) Vgl. hierzu ausführlich Raiser, a.a.O., § 9 S. 109 ff.

254) Vgl. oben S. 62 , insbesondere zu Fußnote 194

allgemeiner Geschäftsbedingungen wegen seines Massenbetriebscharakters üblich ist.[255] Erheblich können diese Umstände nur dann werden, wenn der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluß nicht kennt.

Bedenklich ist jedoch die Ansicht, daß jeder Kunde infolge einer "ordnungsgemäßen" Veröffentlichung den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennen muß, wenn es sich um einen Großbetrieb handelt. Vielfach enthalten die Veröffentlichungen oder das zugeschickte Werbematerial zwar eine Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen, nicht aber ihren Inhalt. Hier kann der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen aus der Veröffentlichung nicht entnehmen. Folglich hat die Willenserklärung des Unternehmers die allgemeinen Geschäftsbedingungen in solchen Fällen nur dann zum Inhalt, wenn der Kunde ihren Inhalt bereits kennt - z.B. infolge früherer Geschäftsverbindung - oder doch die Möglichkeit hat, ohne wesentliche Schwierigkeit von ihm Kenntnis zu nehmen.[256]

Ebenso fehlt es auch dann an einer Erklärung des Inhalts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn die Veröffentlichung oder das Prospekt zwar den Text der allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält, dieser aber derart von betriebswirtschaftlichen und juristischen Fachausdrücken und Formulierungen durchsetzt ist, daß der Kunde sie nicht richtig verstehen kann.[257] Denn im Rahmen des Kennenmüssens ist ein Durchschnittsmaßstab anzulegen unter Berücksichtigung der Gruppe von Menschen, der der Erklärungsempfänger angehört.[258] Man kann vom Kunden im allgemeinen keine betriebswirtschaftliche und juristische Bildung verlangen, nur weil er sich zum Beispiel Möbel auf Raten kauft. Man kann auch nicht erwarten, daß er einen teuren Berater hinzuzieht, nur um die Erklärungen des Verkäufers und der Finanzierungsbank auch so zu verstehen, wie sie gemeint sind.[259] Vielmehr soll sich der Unternehmer kundenverständlich ausdrücken, wenn seine Erklärungen in dem gemein-

---

255) Vgl. oben die Begriffsbestimmung der Willenserklärung S. 82 und III. 5. a S. 52bis 56

256) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 163 IV. 2. S. 1009 und die dort unter Fußnote 28 Zitierten

257) Ein viel verbreitetes Übel, auf das Stoldt am Deutschen Juristentag 1955 hingewiesen hat (Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, E 12)

258) Vgl. RGRK BGB § 276 Anm. 4 c S. 538

259) Vgl. dazu Zacherl, DR 1934 S. 184

ten Sinne wirken sollen. Das gehört zur Erklärungsobliegenheit des Unternehmers.[260] Falls die Materie eine kundenverständliche Ausdrucksweise nicht zuläßt, muß die betreffende Geschäftsbedingung eine zutreffende Erläuterung finden, die mündlich oder schriftlich sein kann.[260a]

Verschiedentlich werden dem Kunden die Geschäftsbedingungen nur auszugsweise zur Kenntnis gebracht, zum Beispiel zwecks Werbung nur die dem Kunden Günstigen. Hat der Auszug den Anschein der Vollständigkeit, können die nicht erklärten Geschäftsbedingungen keinesfalls gelten.[261] Muß der Kunde erkennen, daß es sich nur um einen Auszug handelt, so ist der nicht veröffentlichte Inhalt der Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil der Vertragserklärung des Unternehmers, wenn der Kunde ihn schon kennt oder ohne wesentliche Schwierigkeiten von ihm Kenntnis nehmen kann.

Wird die Veröffentlichung obigen Anforderungen der Vollständigkeit und Kundenverständlichkeit gerecht, so steht damit noch nicht fest, daß jeder Kunde, der den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kennt, ihn doch kennen müßte. Denn die untadeligste Veröffentlichung kann nichts nützen, wenn der Kunde nicht auf den Gedanken kommen kann, sich nach einer derartigen Veröffentlichung umzusehen. Hier sind an erster Stelle die Voraussetzungen zu nennen, die das Reichsgericht in RGZ Bd. 103 S. 85 aufgestellt hat.[262] Danach muß die Veröffentlichung erstens "ordnungsgemäß" sein, was soviel bedeutet, daß sie nach Ort, Zeit und Druckweise für den Kunden augenfällig zu sein hat. Zweitens muß es sich um einen Großbetrieb handeln, bei dem die Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen wegen seines Massenbetriebscharakters üblich ist.

Außerdem ist aber noch folgendes zu beachten:

Finden ausgedehnte Einzelvertragsverhandlungen statt, so verläßt sich der Kunde regelmäßig darauf, daß alles Wesentliche erörtert worden ist. Man

---

260) Vgl. oben III. 3. S. 49 und 5. b S. 64

260a) Vgl. dazu neuerdings BGH in BB 1960 S. 1365 = WertpMitt 1960 S. 1381

261) RG JW 1937 S. 298/299 Nr. 2

262) Vgl. oben A. II. 1. S. 4/5

denke vor allem an die Fälle, in denen Werbeleute oder Vertreter die Kunden anwerben und unermüdlich bearbeiten. Nimmt sich ein solcher Vertreter die Zeit, die Vorteile des anzubahnenden Vertrages für den Kunden mit großer Beredsamkeit herauszustreichen, so muß er ihm bis zu einem gewissen Grade auch die Nachteile und Gefahren des Geschäftes vor Augen führen. - Die Veröffentlichung allgemeiner Geschäftsbedingungen sieht ihren berechtigten Zweck nur darin, längere Einzelverhandlungen zu ersetzen.[263] Denn eine Gleichbehandlung der Kunden läßt sich auch durch betriebsinterne allgemeine Richtlinien an alle Verhandlungs- und Vertretungsberechtigte erreichen. Werden nun trotz Veröffentlichung allgemeiner Geschäftsbedingungen ausführliche Einzelverhandlungen gepflogen, so liegt kein berechtigter Grund vor, die Differenzen zwischen Einzelverhandlungen und allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Kunden gehen zu lassen, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen während der Verhandlungen nicht erwähnt worden sind. Stellt der Unternehmer einen verantwortungslosen Vertreter an, so muß er auch die Nachteile hiervon tragen und darf diese nicht durch den veröffentlichten Satz, daß abweichende mündliche Abreden ungültig seien, auf den Kunden abwälzen. Denn der Kunde hat grundsätzlich keine Veranlassung, sich nach einer ausgedehnten Einzelvertragsberhandlung um eine Veröffentlichung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu kümmern, auf die er während der Verhandlungen nicht hingewiesen worden ist.[264]

Wahrscheinlich sind mit obigen Ausführungen nicht alle Gesichtspunkte erschöpft, unter welchen die Frage nach dem Kennenmüssen des Inhalts der allgemeinen Geschäftsbedingungen interessant wird. Mit Recht hebt Michel hervor, daß ein Blinder eine Veröffentlichung nicht lesen kann und infolgedessen nicht gesagt werden kann, daß er den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen der Veröffentlichungen kennen müsse.[265] Dieses Beispiel zeigt, daß sich die Frage nicht erschöpfend untergliedern läßt.

---

263) von Brunn, a.a.O., II. 2. a S. 30/31

264) Nach ständiger Rechtsprechung hat der Versicherungsvertreter die Aufgabe, dem Versicherungsnehmer die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung der Versicherungsbedingungen zu erteilen. RGZ Bd. 147 S. 188

265) Michel, a.a.O., § 20 S. 36

2. Die rechtsgeschäftliche Unterwerfungserklärung

Über den Begriff der rechtsgeschäftlichen Unterwerfung[266] herrscht Unklarheit. Vor allem ist umstritten, ob es zwischen der Unterwerfungserklärung und der normalen Vertragserklärung (= welche die einzelnen Regelungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Inhalt hat) überhaupt einen rechtserheblichen Unterschied gibt.[267] Ferner ist unklar, unter welchen Voraussetzungen eine Unterwerfungserklärung vorliegen soll[268] und inwieweit die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Willenserklärung auf die Unterwerfungserklärung anzuwenden sind.

In der vielbeachteten Entscheidung des Reichsgerichts in DR 1941 S.1210 ff wird die Auffassung vertreten, daß sich der Abschluß von Verträgen, die unter Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen geschlossen werden, kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung all dieser Regelungen darstelle; sie bedeute viel eher eine Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung und es komme wenig darauf an, was dem in diese Rechtsordnung freiwillig Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt sei.[269]

Eilles meint, daß allgemeine Geschäftsbedingungen wenig mit dem konkreten historischen Vorgang des Vertragsschlusses und mit dem, was sich die Vertragsparteien dabei gedacht haben, zu tun hätten. Allgemeine Geschäftsbedingungen führen nach Eilles ein souveränes Eigen-

---

266) Die Theorie von der rechtsgeschäftlichen Unterwerfung ist zu unterscheiden von der Auffassung, daß allgemeine Geschäftsbedingungen allein schon auf Grund normativen Charakters als objektives Recht den Vertrag ergänzen. Vgl. dazu unten D.III.S.141 ff.

267) Krause, BB 1952, S. 996; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 163 VI. 2. S. 1008 f.; von Brunn, a.a.O., III. 3, e bb S. 81/82

268) Baumbach-Duden, a.a.O., Anh. I nach § 346 Anm. 1

269) RG DR 1941 S.1212; vgl. auch BGHZ Bd.1 S. 85; Bd.3 S.203; Bd. 6 S. 147; Bd.9 S. 3; Bd. 17 S.2. Der Bundesgerichtshof betont ergänzend, daß allgemeine Geschäftsbedingungen zwar eine normative Rechtsordnung darstellen könnten, "aber deshalb nicht ohne weiteres gelten". Insbesondere BGHZ Bd. 3 S.203 und Bd.12 S. 139.

rechtsdasein, in dessen Sphäre die Parteien durch ihren Vertragschluß einträten. Der größte Teil der allgemeinen Geschäftsbedingungen sei ein schon vorher bestehendes Rechtsgebilde mit Eigenleben, dem sich die Parteien unterstellten, gleichviel, was sie davon kennen, was nicht. Nicht Vertragsbedingungen, die von dem Versicherer X mit dem Versicherungsnehmer Y, zwischen dem Bauherren A und dem Bauunternehmer B nach deren Willen vereinbart seien, seien auszulegen, sondern eine nach Art von Rechtsnormen schon vor einem und ohne einen Vertragsschluß bestehende Rechtsordnung allgemeiner Art, der sich die den konkreten Vertrag Schließenden unterwürfen. Der konkrete Vertrag bestehe in einem solche Falle insoweit überhaupt nur in dem Unterwerfungsakt.[270]

Rechtsdogmatisch genauer und eingehender führt Herschel aus, daß die "Vertragsordnung" (=allgemeine Geschäftsbedingungen) auf einen bestimmten Vertrag erst Anwendung finden könne, nachdem sich die Vertragsteile ihr rechtgeschäftlich unterworfen hätten.[271] Diese rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter ein sonst nicht anwendbares "Gesetz" könne verglichen werden mit der Abmachung, daß auf einen Vertrag, der nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts ausländischem Recht unterliegen würde, inländisches Recht Anwendung finden soll[272] oder mit gewissen zivilprozessualen Vereinbarungen (Vereinbarung eines Schiedsvertrages). Die Unterwerfung sei daher dogmatisch betrachtet eine - meist in einen Vertrag eingebettete - Vereinbarung besonderer Natur.[273] Die Beteiligten begeben sich nach Herschels Ansicht in eine bestehende Rechtsordnung hinein, unterwerfen sich einem Spezialgesetz. Aber dieses Spezialgesetz werde dadurch nicht Vertragsbestandteil; es bleibe ausschließlich ein abstraktes Gefüge normativer Sätze.[274]

Trotzdem qualifiziert Herschel - wie Raiser - die Unterwerfungserklärung als "Risikoerklärung" im Sinne Siegels.[275] Daraus folgert er,

270) Eilles, ZZP Bd. 62 S. 3/4 f.
271) Herschel, Anmerkung zu RG DR 1941 S. 1726 ff. DR 1941 S. 1727
272) Vgl. auch Raisers "Verweisung", Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 13 III. S. 151 Fußnote 3
273) Herschel, Anmerkung zu RG DR 1941 S. 1726 ff. DR 1941 S. 1728
274) Herschel, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942 S. 755
275) Siegel, ArchZivPrax Bd. 111 S. 93

daß ein Unterwerfungsgeschäft wegen Irrtums über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen angefochten werden könne, soweit der Kunde auf Einzelheiten zufolge des Verschuldens des Unternehmers nicht gefaßt sein brauchte.[276]

Diese Konstruktion hält v. Brunn für gekünstelt. Im täglichen Geschäftsleben werde weder der Unternehmer noch der Kunde auf den Gedanken kommen, daß er den Abschluß zweier in ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht klar voneinander abgegrenzter Geschäfte vornehme.[277]

Krause weist darauf hin, daß bei der Vorstellung einer "Unterwerfung"die erhöhte Gefahr bestehe, den Rechtsakt seines Willensgehaltes immer weiter zu entkleiden. An die Stelle einer echten Willenserklärung, die bewußt auf die Erhebung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Vertragsinhalt gerichtet sei, würden leicht äußere Tatbestände treten, die als Unterwerfung ausgegeben würden.[278]

Enneccerus-Nipperdey meinen, daß die Bezeichnung "Unterwerfung" zu unzutreffenden Folgerungen führe. Eine Unterwerfung würde begrifflich voraussetzen, daß sich die Vertragsparteien bereits in Geltung befindlichen Regeln unterordnen. Die "Unterwerfung" unter allgemeine Geschäftsbedingungen bezwecke aber gerade, diese erst in Geltung zu setzen.[279] Wollte man mit dem Begriff "Unterwerfung" ernst machen, so wäre ein Irrtum über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen als bloßer Motivirrtum unbeachtlich, da sich die Willenserklärung nicht mit auf den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern allein auf die "Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung" beziehen könnte. Es bestehe aber kein Anlaß, dem Irrenden die Anfechtung nach § 119 BGB zu versagen.[280]

Nipperdey hat damit den entscheidenden rechtserheblichen Unterschied zwischen einer normalen Vertragserklärung und einer Unterwerfungserklärung richtig hervorgehoben.

---

276) Herschel, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942 S. 755

277) v. Brunn, a.a.O., III. 3. e bb S. 81/82

278) Krause, Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952 S. 996

279) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 163 VI. 2. S. 1008/1009

280) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 163 VI. 2. S. 1008 Fußnote 26

Im Gegensatz zu Nipperdey ist Herschel inkonsequent, wenn er zwar einerseits betont, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Unterwerfungsgeschäft nicht Vertragsbestandteil würden, aber andererseits eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 119 Abs. 1 BGB zuläßt. Nur wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen Inhalt der Vertragserklärung sind, ist ein Irrtum über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung. Wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch Inhalt der Vertragserklärungen sind, sind sie auch Inhalt des Vertrages, da der Vertrag aus den inhaltlich korrespondierenden Vertragserklärungen besteht.[281] Wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen also umgekehrt nicht den Inhalt des Vertrages darstellen, so können sie auch nicht Inhalt der Vertragserklärung des Kunden sein und eine Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB ist bei einem Irrtum über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich.

Darauf kam es dem Reichsgericht in seinem Urteil in DR 1941 S. 1210 ff., das den Streit um das Wesen der "Unterwerfung" erst ausgelöst hat, gerade an: die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 1 BGB zugunsten des Kunden, der sich über den Inhalt der Versicherungsbedingungen geirrt hatte, zu verneinen. Wenn die Versicherungsbedingungen nach der Überzeugung des Reichsgerichts Inhalt der Vertragserklärung des Kunden gewesen wäre, hätte jedoch der § 119 Abs. 1 BGB angewandt werden müssen. Deshalb mußte die rechtsdogmatische Begründung des Reichsgerichts dahingehen, daß die in den Versicherungsbedingungen enthaltenen einzelnen Regelungen nicht Inhalt des Vertrages zwischen Kunden und Unternehmer geworden seien, da dieser Vertrag lediglich eine Bezugnahme (= Unterwerfung) auf die Versicherungsbedingungen enthalte. Dies war die Geburtsstunde des Begriffs "Unterwerfung". Das entscheidende Kriterium zwischen einer normalen Vertragser-

---

281) Der Vertrag besteht nur aus den inhaltlich korrespondierenden Vertragserklärungen. Zwar ist die Rechtswirkung eines Vertrages auch von anderen Erfordernissen (z.B. Mitwirkung einer Behörde, Übergabe usw.) bedingt. Es wäre aber unrichtig, diese Erfordernisse als Teil des Geschäftes zu betrachten (vgl. dazu ausführlich Enneccerus-Nipperdey § 145 II. B 3. S. 906)

klärung und einer Unterwerfungserklärung steckt also im Inhalt der Willenserklärung.[282] Entweder hat sie die einzelnen Regelungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Inhalt - dann handelt es sich um eine normale Vertragserklärung - oder sie ist auf eine Art Inkraftsetzung der allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Einzelvertragsverhältnis gerichtet - dann handelt es sich um eine Unterwerfungserklärung.[283]

Zunächst erhebt sich die Frage, ob ein solches Rechtsgeschäft, welches Bestimmungen in Kraft setzt, die nicht Inhalt des Rechtsgeschäfts sind, überhaupt rechtlich möglich ist. Die Antwort geben die §§ 315 ff. BGB, insbesondere die §§ 317 ff. BGB. Dort wird vorausgesetzt, daß die Vertragspartner die Bestimmung der zu schuldenden Leistung ausschließlich einem der Vertragsschließenden oder gar einem Dritten überlassen können. Die Bestimmung, die dann der Dritte trifft, ist nicht Inhalt der Vertragserklärungen, also auch nicht Inhalt des Vertrages,[281] und doch gilt die vom Dritten getroffene Bestimmung für das Vertragsverhältnis nur Kraft des Vertrages.

Zudem ist die Zulässigkeit einer sogenannten Telquel-Erklärung anerkannt. Sie liegt vor, wenn sich der Erklärende einem Urkundeninhalt blindlings unterwirft,[284] vor allem wenn die Urkunde für den anderen Teil erkennbar in bewußter Unkenntnis ihres Inhalts unterschrieben wird. Wille und Erklärung sind hier nur auf die Geltung des Urkundeninhalts (= Unterwerfung unter den Inhalt der Urkunde) gerichtet. Der Wille des Erklärenden ist zwar darauf gerichtet, daß der ihm unbekannte Urkundeninhalt gelten soll; dieser Wille enthält aber nicht den Inhalt der Urkunde.

---

282) Es wird auch immer wieder betont, daß bei normalen Verträgen der Vertragsinhalt zuvor ausgehandelt zu werden pflegt (vgl. insbesondere Großmann-Doerth, a.a.O., S. 10 f.; vgl. auch die mehr rechtspolitische Arbeit von Schmidt-Rimpler in ArchZivPrax Bd. 147 S. 157 f.). Dieses Moment kann jedoch nicht rechtserheblich sein. Denn es gibt viele Verträge, bei denen der eine Vertragspartner die einzelnen Regelungen praktisch alleine bestimmt: z.B. fast jedes Geschäft des täglichen Lebens, bei dem der Preis selten ausgehandelt zu werden pflegt.

283) Vgl. dazu auch Bärmann, a.a.O., S. 13

284) Vgl. Siegel, ArchZivPrax Bd. 111 S. 92; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 167 II. 1. S. 1034.
Die "Telquelerklärung" ist von der "Risikoerklärung" zu unterscheiden. Vgl. dazu Siegel, ArchZivPrax Bd. 111 S. 91 ff.

Die Vertragsfreiheit gestattet solche Vertragsgestaltungen, also muß sie auch Unterwerfungsverträge im oben beschriebenen Sinne [285] gestatten.

Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen ein Unterwerfungsvertrag ist.

In dem oben dargestellten Meinungsstreit[286] wird entweder die Auffassung vertreten, daß eine Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen stets ein Unterwerfungsgeschäft sei, oder es wird der Begriff "Unterwerfung" schlechthin als gefährlich oder unbrauchbar abgelehnt. Da jedoch, wie oben gezeigt wurde, [287] einzig und allein der Inhalt der Vertragserklärung darüber entscheidet, ob eine Unterwerfungserklärung vorliegt, handelt es sich hier um eine Auslegungsfrage, die nicht in allen Fällen dieselbe Beantwortung erfahren muß. Voraussetzung für die Existenz beider Erklärungsarten (normaler Vertragserklärung und Unterwerfungserklärung) in der Rechtswirklichkeit ist allerdings, daß die Vertragspartner den Unterschied kennen.[288] Diese Voraussetzung ist aber nicht selten gegeben. Wenn nämlich wenigstens eine der Vertragsparteien die Geschäftsbedingungen inhaltlich nicht kennt und auch keine bestimmte - wenn auch falsche - Vorstellung von ihrem Inhalt hat[289] und der andere dies weiß oder doch wissen müßte, so steht fest, daß der Inhalt der Geschäftsbedingungen nicht Inhalt der Vertragserklärungen sein kann. Wenn die Vertragspartner in einem solchen Falle die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen für ihr Vertragsverhältnis vereinbaren, so handelt es sich um einen Unterwerfungsvertrag.

---

285) S. 92 ff.

286) S. 89 ff.

287) S. 92 ff.

288) Denn eine Willenserklärung kann nur so wirken, wie sie gewollt ist und vom Erklärungsempfänger verstanden werden kann. Vgl. oben III. 6. S. 82.

289) Kennt der Vertragspartner den Inhalt der Regelungen zwar nicht, hat er aber eine konkret bestimmte - wenn auch falsche - Vorstellung von ihrem Inhalt und riskiert er bewußt eine nur teilweise und geringfügige Unrichtigkeit seiner Vorstellung, so liegt eine "Risikoerklärung" vor. Darüber vgl. unten C. II. 4.a S. 114 ff.

Dies bedeutet nicht, daß nur derjenige eine Unterwerfungserklärung abgeben kann, der den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kennt,[290] und der auch keine bestimmte - wenn auch falsche - Vorstellung von ihrem Inhalt hat.[291] Denn auch beim Unterwerfungsvertrag müssen sich die Vertragserklärungen des Kunden und des Unternehmers zu einem einheitlichen Erfolg ergänzen. Wenn zum Beispiel der Vertragserklärung des Unternehmers darauf abzielte, die Geschäftsbedingungen zum Vertragsinhalt zu machen (= normale Vertragserklärung), die Vertragserklärung des Kunden jedoch darauf gerichtet wäre, die Geschäftsbedingungen als objektive Vertragsordnung in Kraft zu setzen (=Unterwerfungserklärung), so würden sich die Vertragserklärungen der Parteien nicht zu einem einheitlichen Erfolg ergänzen.[292] Die Geschäftsbedingungen werden nur dann Inhalt des Vertrages, wenn beide Vertragserklärungen die Geschäftsbedingungen zum Inhalt haben. Andererseits können die Geschäftsbedingungen nur dann zu einer für beide Parteien verbindlichen objektiven Vertragsordnung werden, wenn beide Vertragserklärungen darauf gerichtet sind, die Geschäftsbedingungen als objektive Vertragsordnung in Kraft zu setzen.[293] Wenn der Unternehmer weiß oder wissen müßte, daß der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kennt und auch keine ungefähre richtige Vorstellung von ihrem Inhalt hat, so kann er eine Bezugnahme des Kunden auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen nur als Unterwerfung erwarten. Da der Unternehmer seine Vertragserklärungen auf

---

290) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 167 II. a. S. 1034 Fußnote 5, meinen, daß ein auf den Inhalt einer Urkunde, wie er auch sein möge, gerichteter Wille auch dann denkbar sei, wenn man sich von dem Inhalte eine Vorstellung mache. Tatsächlich werde er aber nur sehr selten vorhanden sein. - Dem ist insoweit zuzustimmen, soweit es Fälle betrifft, in denen alle (=beide) Vertragspartner eine Vorstellung vom Inhalt der Einzelregelungen haben.

291) In einem solchen Fall kommt eine "Risikoerklärung" in Betracht, die die Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB nicht ausschließt. Vgl. Siegel, ArchZivPrax Bd. 111 S. 92 ff.

292) Also Dissens

293) Der Bundesgerichtshof spricht daher von "beiderseitiger Unterwerfung" BGHZ Bd. 17 S. 2; Bd. 6 S. 147
Vgl. auch Herschel, DR 1942 S. 755

denselben Erfolg richten will, auf den die Vertragserklärung des Kunden gerichtet ist, so gibt der Unternehmer in einem solchen Falle eine Unterwerfungserklärung ab.[294]

Wenn also der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kennt und ihn auch ohne wesentliche Schwierigkeiten nicht kennenlernen kann, so ist die Vertragserklärung des Unternehmers, die auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen bezug nimmt, eine Unterwerfungserklärung.

Die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Kunden bezieht sich dann nur auf den Unterwerfungswillen des Unternehmers, nicht auf den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Kennt der Kunde den Unterwerfungswillen des Unternehmers nicht, so kommt es darauf an, ob er ihn kennen müßte. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn eine augenfällige Veröffentlichung oder kurz vor dem Vertragsschluß zugesandtes Werbematerial eine Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten und das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Betrieb des Unternehmers infolge Massenbetriebscharakters erwartet werden muß. Allerdings dürfen keine ausgedehnten Einzelvertragsverhandlungen ohne Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen stattgefunden haben.[295]

Hier ist jedoch noch folgendes hervorzuheben: Jede Vertragspartei muß den Gegner über die Tatsachen aufklären, die für seine Entscheidung, ob er das Geschäft eingehen soll, von Bedeutung sind.[296] Der Inhalt der allgemei-

---

294) Meistens hat auch nicht der Unternehmer, sondern sein Wirtschafts- oder Berufsverband die allgemeinen Geschäftsbedingungen entworfen Vgl. Eilles, ZZP Bd. 62 S. 4

295) Vgl. oben 1. S. 87/88.

296) c.i.c. vgl. z.B. RGZ Bd. 120 S. 252: "Bei den Vertragsverhandlungen haben nicht bloß wissentlich oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen zu unterbleiben, zum Inhalt jenes Vertrauensverhältnisses gehört vielmehr im Rahmen der nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr zu stellenden Anforderungen auch eine Offenbarungspflicht der Beteiligten für solche Tatsachen, die für die Entschließung des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sein können."; vgl. auch RGZ Bd. 132 S. 305 ff., insbesondere S. 309 bis 311 mit Zitaten; "Umstände"

nen Geschäftsbedingungen ist für die Entschließung des Kunden von entscheidender Bedeutung.[297] Der Unternehmer muß den Kunden daher über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen belehren, eventuell sogar einzelne für den Laien schwer verständliche Bedingungen erläutern.[298] Deshalb hat das OLG Düsseldorf in RdK 1950 S. 76 entschieden, daß für den Spediteur die Pflicht bestehe, seinen Vertragsgegner beim Abschluß des Vertrages über die zahlreichen und einschneidenden Haftungsbeschränkungen der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen aufzuklären.[299] Auch hat das Reichsgericht in ständiger Rechtspre-

---

(statt Tatsachen), die für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sein können (BGH in LM Nr. 1 zu BGB § 276 (F b); neuerdings BGH BB 1960 S. 1365 = WertpMitt 1960 S. 1381.

297) Vgl. vor allem BGH in WertpMitt 1960 S. 1381 = BB 1960 S. 1365; RGZ Bd. 13 S. 77: Es gehöre zu der bei jedem Kaufmann vorauszusetzenden Sorgfalt in der Betreibung seiner Geschäfte, die ihm gemachten Vertragsbedingungen zu prüfen, um sich über das Vorteilhafte und Nachteilige derselben zu unterrichten und sein Verhalten danach zu bemessen. Vgl. auch Stoldt (MDR 1951 S. 142), der im einzelnen darlegt, aus welchen Gründen dem Kunden der Inhalt der ADSp bekannt sein muß.

298) Was also bei der Vereinbarung des Inhalts der allgemeinen Geschäftsbedingungen Erklärungsobliegenheit des Unternehmers ist, ist beim Unterwerfungsvertrag Verpflichtung aus culpa in contrahendo. Vgl. BGH in WertpMitt 1960 S. 1381 = BB 1960 S. 1365; anders nur, wenn sich der Kunde vom Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst leicht Kenntnis verschaffen kann (vgl. BGH in NJW 1957 S. 140). Es muß hierbei jedoch berücksichtigt werden, daß das Juristendeutsch und die Bedeutung der allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Kunden oft nicht verständlich sind und er sich dann aus diesem Grunde - auch wenn er den Text bei der Hand hat - sich keineswegs "leicht" von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann.

299) Vgl. auch Reichsverkehrsblatt 1940 Teil B Nr. 25.

chung ausgesprochen, daß der Versicherungsvertreter die Aufgabe habe, für die Versicherungsgesellschaft dem Versicherungsnehmer die erforderliche Belehrung und Aufklärung über den Inhalt der Versicherungsbedingungen zu erteilen.[300] In dieser Rechtsprechung ging das Reichsgericht davon aus, daß die Versicherungsgesellschaft ihre Kunden über die Versicherungsbedingungen aufklären muß. Daraus folgt, daß der Unternehmer pflichtwidrig handelt, wenn er vom Kunden eine Unterwerfungserklärung erwartet oder gar verlangt.

Hieraus darf freilich nicht geschlossen werden, daß ein Unterwerfungsvertrag wegen Verletzung dieser Unternehmerpflicht aus culpa in contrahendo rechtlich unmöglich sei. Vielmehr erwächst aus dieser Pflichtverletzung nur die Schadensersatzpflicht des Unternehmers, wonach er den Kunden wegen § 249 BGB so stellen muß, als ob er ihn vor Vertragschluß über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgeklärt hätte. In diesem Zusammenhang wird sich die Frage stellen, ob der Unterwerfungsvertrag trotz Belehrung über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen zustandegekommen wäre oder nicht. Das kann dann im Einzelfall dazu führen, daß der Unternehmer den Kunden so stellen muß, als ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gelten würden oder überhaupt kein Vertrag zustandegekommen wäre. Es ist auch denkbar, daß der Kunde nach einer Aufklärung über einschneidende Haftungsbeschränkungen eine Versicherung abgeschlossen hätte. Hier muß der Unternehmer ihn in einem Schadensfall so stellen, als ob der Kunde eine Versicherung abgeschlossen hätte, was praktisch auf eine Aufhebung der Haftungsbeschränkungen hinausläuft.

---

300) Vgl. z.B. RGZ Bd. 147 S. 188; Bd. 46 S. 190 Bd. 73 S. 303; Bd. 86 S. 132; Bd. 104 S. 346; BGHZ Bd. 2 S. 87

V. DIE VERTRAGSERKLÄRUNG DES KUNDEN

Da in dem hier zu untersuchenden Tatbestand [301] der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit gibt, vom Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen, liegt eine Willenserklärung des Unternehmers vor, die auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet ist, sofern der Kunde den diesbezüglichen Willen des Unternehmers bei Vertragschluß kennt oder kennen muß.

Da jedoch der Kunde die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen weder als Vertragsinhalt noch als objektive Vertragsordnung vereinbaren wollte, fehlt es an einer entsprechenden Willenserklärung des Kunden. Denn der mangelnde Wille des Kunden betrifft hier nicht nur den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern ihre Geltung überhaupt. Es fehlt ihm somit nicht nur der Wille, die allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Vertragsinhalt zu erheben, sondern es fehlt ihm auch ein Unterwerfungswille.[302]

Eine Vereinbarung über die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist somit nicht zustandegekommen, und es fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen das Vertrauen des Unternehmers auf das Vorhandensein des fehlenden Kundenwillens diesen ersetzen kann.[303]

---

301) Vgl. oben A. I. S. 2

302) Zum Unterschied vgl. oben IV. S. 84 und vor allem IV. 2. S. 89 ff.

303) Vgl. unten C. S. 100 ff., insbesondere II. 2. S. 104 ff.

C. GELTUNG KRAFT VERTRAUENSSCHUTZES

I. Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens

Staudinger-Coing, der von einem ähnlichen Willenserklärungsbegriff ausgeht, wie er hier vertreten wird, meint, daß bei der Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens die Regelung der §§ 119, 122 BGB ausscheide, weil es sich dabei nicht um Willenserklärungen handele.[304]

Doch war gerade das schlüssige Verhalten nach der zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches herrschenden Meinung identisch mit der stillschweigenden Willenserklärung,[305] für welche die Vorschriften über die Willenserklärung gleichermaßen gelten. Dies war im ersten Entwurf durch den § 72 besonders hervorgehoben und wurde im zweiten Entwurf als selbstverständlich weggelassen.[306] Außerdem kann nach Coings Willenserklärungsbegriff eine Willenserklärung nie vorliegen, wenn der Geschäftswille fehlt. Danach setzt der Tatbestand des § 119 Abs. 1 BGB eine Willenserklärung nicht voraus, sondern schließt sie sogar aus. Schon deshalb kann die Begründung von Coing nicht überzeugen, daß § 119 Abs. 1 BGB nicht angewandt werden könne, weil keine Willenserklärung vorliege. - Dazu kommt, daß die §§ 119 Abs. 1, 122 BGB überhaupt nur dann angewandt werden können, wenn ein Verhalten vorliegt, das auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen schließen läßt, also schlüssig ist. Die Willenserklärung ist regelmäßig schlüssiger als jede andere Art schlüssigen Verhaltens. Wenn Coing also die Regelung der §§ 119, 122 BGB für alle Fälle schlüssigen Verhaltens ausscheiden will, in denen keine Willenserklärungen zu finden wären, so müßte er die Anwendung der §§ 119 Abs. 1, 122 BGB völlig ausschalten, da es

---

304) Staudinger-Coing, Vorbem. 3 f vor § 116, I. 7 c

305) Vgl. Entwurf des Allgemeinen Teils 1881, Abschnitt II Tit. 2 der Motive S. 63 ff. Auf S. 63 heißt es wörtlich:"...";sie (die Willenserklärung) ist eine stillschweigende, wenn sich die Willensaktion in Handlungen vollzieht,... die ... einen Schluß darauf zulassen,daß ein gewisser Willensinhalt in ihnen und durch sie bestätigt wird".; vgl. auch RGZ Bd.103 S.405, wonach § 119 BGB auch für stillschweigende Willenserklärungen anwendbar ist. Ebenso z.B. Jacobsohn, IherJahrb Bd. 56 S. 341 ff.

306) Prot. I S. 68

sich im Tatbestand des § 119 Abs.1 BGB immer um ein schlüssiges Verhalten handelt, das dem Erklärungsempfänger als eine Willenserklärung bestimmten Inhalts erscheint, ohne es zu sein.

Wenn aber ein Unterschied in der Behandlung zwischen Willenserklärung und einer anderen Art schlüssigen Verhaltens (= Willensbetätigung?) gemacht werden soll, so doch nicht in der Weise, daß der Erklärende für den Schein eines erklärten Geschäftswillens in geringerem Umfang verantwortlich gemacht wird als der Urheber des schlüssigen Verhaltens für den Schein eines nicht erklärten Geschäftswillens. Warum soll zum Beispiel der Gläubiger, der aus Versehen die falsche Schuldurkunde zerreißt, für den dadurch veranlaßten Schein eines bestimmten Erlaßwillens eine größere Verantwortung tragen als derjenige, der seinem Schuldner schriftlich den Erlaß seiner Summe erklärt, die infolge eines Tipp- oder Diktatfehlers auf dem Papier höher als gewollt erscheint? Je mehr das den Schein einer bestimmten Willenserklärung veranlassende Verhalten von dem Urbild der Willenserklärung abweicht, desto weniger dürfte der Urheber dieses Verhaltens für den Schein verantwortlich gemacht werden, und nicht umgekehrt.[307]

---

307) Möglicherweise hält Coing seine Auffassung deshalb für berechtigt, weil das schlüssige Verhalten oft eine Tätigkeit darstellt, die, wenn sie rechtmäßig sein soll, eine bestimmte rechtgeschäftlich begründbare Rechtsbeziehung voraussetzt und Tatsachen schafft, die nicht leicht rückgängig gemacht werden können (vgl. Vorb. 9 vor § 116). Wer z.B. eine mit Verkaufsabsicht zugeschickte Sache in Gebrauch nimmt, vermindert dadurch meist den Wert der Sache. Wenn aber deshalb in solchen Fällen die Anwendbarkeit des § 119 BGB ausgeschaltet werden soll, so nicht, weil das Verhalten auf einen bestimmten rechtsschäftlichen Willen schließen läßt, also schlüssig ist, sondern weil es vollendete Tatsachen schafft, die nur durch ein rechtsgeschäftlich begründbares Rechtsverhältnis gerechtfertigt werden können. Wie das Beispiel im Text zeigt, berührt nicht jedes schlüssige Verhalten diesen Problemkreis. Im übrigen können auch nach einer Willenserklärung im engsten Sinn Tatsachen hinzutreten, die eine Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB erforderlich machen, wenn die Willenserklärung nach § 142 BGB ex tunc nichtig wird. Folglich kann aus dem Gesichtspunkt der Güterverschiebung oder Ingebrauchnahme nicht die Unanfechtbarkeit der Willenserklärung oder die Erweiterung des Vertrauensgrundsatzes abgeleitet werden. Das wäre die Anerkennung konsens-

Coings Auffassung ist aber vor allem aus folgendem Grunde inkonsequent: Da die Vorschriften über die Willenserklärung auf das schlüssige Verhalten, das keine Willenserklärung darstellte, nicht anwendbar sein sollen, dürfte es konsequenterweise überhaupt keine Rechtsfolge haben. Denn das schlüssige Verhalten, das nicht Willenserklärung ist, hat als solches im Gesetz keine besondere Behandlung erfahren, weil es vom Gesetzgeber, soweit es überhaupt rechtserheblich sein sollte, als stillschweigende Willenserklärung angesehen wurde. Somit müßte sich zunächst die Frage ergeben, auf Grund welchen Rechts das schlüssige Verhalten als solches überhaupt Rechtswirkungen hervorbringen kann. Wenn es nur vermöge seiner engen Verwandtschaft mit der Willenserklärung Rechtsfolgen hat, so ist nicht einzusehen, warum trotz dieser Gleichsetzung ausgerechnet die §§ 119, 122 BGB nicht angewendet werden sollen.[308]

---

loser Realverträge, die zwar von Ehrlich befürwortet, aber nicht Gesetz geworden sind.

308) Siebert stützt sich zwar für seine Auffassung über die Unanwendbarkeit des § 119 BGB im Bereich der Daseinsvorsorge unter anderem auch auf Staudinger-Coing (a.a.O., B. III. 2. a und b S. 27 ff.). Doch gibt er eine eigene rechtsdogmatische Begründung. Vgl. dazu oben S. 3/7 Fußnote 27 und unten D. II. S. 131/132.

II. Vertrauenshaftung im Rahmen der §§ 116 ff. BGB

Die pathologischen Fälle, in denen Geschäftswille und Eindruck von einander abweichen, haben ihre gesetzliche Regelung in den §§ 116 ff. BGB gefunden.[309]

1. Das Vertrauen des Unternehmers

Wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Grund des Vertrauensprinzips Geltung erlangen sollen, so muß als wichtigste Voraussetzung gefordert werden, daß der Unternehmer darauf vertraut, der Kunde wolle für das angebahnte Vertragsverhältnis die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Daraus folgt zweierlei:

a) Weiß der Unternehmer, daß der Kunde die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht will,[311] so wirkt die Vertragserklärung des Kunden so, wie sie gemeint ist,[312] also ohne allgemeine Geschäftsbedingungen.[313] Da der Unternehmer dennoch an der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen festhält,[314] ist § 154 Abs. 1 BGB anzuwenden.

---

309) Die hier nicht interessierenden Ausnahmen weitergehenden Schutzes sind u.a. die §§ 171, 172, 892 BGB. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um das Vertrauen eines Erklärungsempfängers, sondern um das Vertrauen Dritter. - Dispositive Gesetzesvorschriften und ergänzende Verkehrssitte, die durch ihre Normen die Rechtsgeschäfte ergänzen, haben nit der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung systematisch nichts gemein, auch wenn sie aus der rechtsgeschäftlichen Übung erwachsen sind und im Gesetz diese Herkunft erkennen lassen("gilt als vereinbart"). A.A. Manigk, vgl. S. 30.

311) Vgl. dazu Großmann-Doerth, a.a.O., S. 8-10:"...Die Banken versuchen hier, wie übrigens auch sonst, durch die Klauseln ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Kunden einen Willen zu unterschieben, den sie in Wahrheit und der Bank bewußt nicht haben".

312) Vgl. oben B. III. 5. a S. 52 ff.

313) Im Ergebnis auch Hueck, a.a.O., S. 83

314) Vgl. oben A.I. S.2; vgl. aber auch oben S. 84 Fußnote 249

b) ist der Unternehmer im Zweifel darüber, ob der Kunde mit oder ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen abschließen will, gilt die Willenserklärung entweder so, wie sie gemeint ist, oder sie hat hinsichtlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Wirkung.[316] Dies ist im Ergebnis dasselbe. In beiden Fällen ist § 154 Abs. 1 BGB anzuwenden.

In Frage kommen also nur diejenigen Fälle, in denen der Unternehmer tatsächlich den Eindruck hat, daß der Kunde nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen wolle.

2. Anwendung des § 116 Satz 1 BGB

Es ist die wesentliche Unterscheidung zu treffen, ob der Kunde den falschen Eindruck des Unternehmers vorsätzlich herbeigeführt hat oder nicht.[317] Dabei ist zu beachten, daß der Vorsatz auch bei dolus eventualis vorliegt. Wenn also der Kunde von vornherein damit rechnet, daß der Unternehmer die Vertragserklärung nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen verstehen werde, und diese Mißdeutung seines Geschäftswillens im Stillen gutheißt - etwa um den Abschluß nicht zu gefährden -, so führt er den falschen Eindruck des Unternehmers vorsätzlich herbei. Auf den objektiven Sinn seiner Vertragserklärung kommt es dann nicht an.

Die Unterscheidung ob der Kunde den falschen Eindruck des Unternehmers vorsätzlich herbeiführt oder nicht, entspricht nicht nur dem § 116 Satz 1 BGB, sondern trifft auch die Momente, die nach dem Rechtsgefühl und in der Praxis der Rechtsprechung für und gegen die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen sprechen. Im allgemeinen genießt der Kunde die Sympathien des unvoreingenommenen Juristen, weil dem Kunden unter Anwendung mehr oder weniger wirtschaftlichen Drucks und unter Ausnutzung des menschlichen Trägheitsmoments die einseitig an den Interessen des Unternehmers orientierten Geschäftsbedingungen aufgedrängt werden sollen.[317] Wenn Wissenschaft und Rechtsprechung trotzdem mit Hilfe

---

316) Vgl. oben B. III. 5. b S. 57 ff.

317) Vgl. oben B. III. 5. b. c aa S. 66 ff., insbesondere S. 68

317) Vgl. vor allem die Ausführungen von Stoldt zum deutschen Juristentag 1930, a.a.O., S 12 und S 15 und 16; auch Großmann-Doerth

oft recht zweifelhafter Konstruktionen die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erklären suchen, so vor allem damit, daß der Kunde für den Regelfall verdächtigt wird, daß er von dem Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen weiß und mindestens auch will oder doch damit rechnet, der Unternehmer werde die Vertragsabwicklung nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen vornehmen. Da der Kunde einen Abschluß mit einem unzweideutigen Ausschluß der allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig nicht erreichen kann, wird vermutet, daß er sich in seine Lage schicken oder die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen hinnehmen für den Einzelfall anzuwenden hofft durch die Behauptung, er habe die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gewollt und darum nicht wissen können, ein solches Verhalten erscheint dann unaufrichtig und der Unterwerfung durch das Recht unwürdig. Die etwaige widerlegende Behauptung des Kunden, er habe vom Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts gewußt, ist zwar meist unwiderlegbar, aber wird für unglaubwürdig gehalten. Wahrscheinlich kann die Rechtsprechung zu diesen Erwägungen nach einigem Schwanken dazu, eine solche Behauptung vorzugsweise für rechtlich unerheblich zu erklären für den Fall, daß der Kunde die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Kenntnis der allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte kennen müssen.

Diese Tendenzen unseres modernen Rechts setzen voraus, daß der Kunde auf dem Verdacht, daß der Kunde entweder die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wollte - da er wollen mußte - oder den falschen Eindruck des Unternehmers mit dem erforderlichen Vorsatz hervorgerufen hat, weil er mit einem solchen Eindruck rechnete und nichts dagegen unternahm.

Es bedarf aber nicht irgendwelcher neuen Konstruktionen, um diese Erwägungen rechtsdogmatisch einzuordnen, sondern es bedarf

---

318) Wenn das Gericht auf Grund der Erfahrungen im Geschäftsleben annimmt, der Kunde habe gewußt oder doch damit gerechnet, daß der Unternehmer die Vertragsabwicklung nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen vornehmen werde, so muß es auch den Mut haben, dies im Urteil klar zu sagen und zu begründen. Eine Lebenserfahrungsregel, die einem der Unternehmer die Beweislast entscheidend. - Es geht aber nicht an, diese - sehr schwierige Arbeit in den Einzelfällen dadurch zu umgehen, daß eine vielleicht unglaubwürdige Behauptung des Kunden generell für rechtlich unerheblich erklärt wird (vgl. oben S. 31).

bei gleich einer lebensnahen Würdigung des Tatsachenmaterials[318] und einer richtigen Anwendung des § 116 Satz 1 BGB. Hat der Kunde den falschen Eindruck des Unternehmers vorsätzlich, wenn auch nur mit dolus eventualis, herbeigeführt, so ersetzt das Vertrauen des Unternehmers darauf, daß der Kunde die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wolle, den fehlenden Geschäftswillen des Kunden. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten dann kraft Vertrauensschutzes.

3. Berechtigung des Vertrauens des Unternehmers

Ist der falsche Eindruck des Unternehmers von dem Kunden nicht vorsätzlich veranlaßt, so taucht die Frage auf, ob der Unternehmer hätte erkennen müssen, daß der Kunde nicht nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen wollte oder ob er doch wenigstens über einen solchen Geschäftswillen des Kunden hätte Zweifel haben müssen.

Diese erhebliche Fragestellung[319] ist in der Rechtsprechung nicht zu finden. Es wird immer nur untersucht, ob der Kunde den Willen des Unternehmers hätte erkennen müssen. Vielleicht geht die Rechtsprechung als selbstverständlich davon aus, daß der Unternehmer die Vertragserklärung des Kunden nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen auslegen müsse. Das wäre aber in dieser Allgemeinheit unrichtig.[320]

Da weder während der Vertragsverhandlungen noch bei Vertragsabschluß ein Wort über die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen gefallen ist,[321] muß nach den Umständen gesucht werden, die eine solche Auslegung rechtfertigen können.

---

318) Da dieses Vertrauen nur den fehlenden Geschäftswillen des Kunden ersetzt, muß daneben freilich eine entsprechende Willenserklärung des Unternehmers vorliegen. Dies ist aber immer der Fall, wenn der Kunde den Willen des Unternehmers, nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen, kennt (vgl. oben D. III. 5. a S. 92 ff.). Eine solche Kenntnis des Kunden ist hinwiederum Voraussetzung für seinen Täuschungsvorsatz.

319) Vgl. oben B. III. 5. c bb S. 69 ff. und B. III. 3. S. 49/50

320) Vgl. Haupt, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 12 Heft 105, S. 51 ff. vgl. oben S. 86 ff., wo erörtert wird, ob die Vertragserklärung des Unternehmers auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet ist.

321) Vgl. oben A. I. S. 2

a) Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sonstige Bekanntgabe

Zunächst kommt die Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den Unternehmer oder die Zusendung eines die allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltenden Prospekts in Betracht.

Die Lebenserfahrung lehrt, daß Anschläge in Geschäftsräumen, insbesondere wenn sie einen langen oder kleingedruckten Text aufweisen, von der großen Mehrheit des Publikums nicht gelesen werden. Werbeprospekte werden oft ungelesen in den Papierkorb,[323] so daß es nicht sicher ist, daß der Durchschnittsbürger oder auch -kaufmann jeden Prospekt, der ihm ins Haus flattert, gewissenhaft überprüft im Hinblick darauf, daß er eventuell einmal mit dem Absender des Prospekts Verträge schließen könnte, wenn dann ein Jahr später - das verstand das Berufungsgericht in BGH Bd. 21 S. 1 unter "demnächst" - der Empfänger des Prospekts Kunde des Absenders wird, so wird das Prospekt, selbst wenn er es wider Erwarten gelesen haben sollte, vergessen haben.

Mit Veröffentlichungen in einer Fachpresse steht es zwar etwas besser, doch dürfte der Unternehmer auch hier zuviel erwarten, wenn er glaubte, daß alle Bezieher seine Veröffentlichung lesen und vor allem nicht vergessen werden.

Wenn man auch in vielen Fällen mit Recht wird sagen können, daß der Kunde die Veröffentlichung oder das Prospekt hätte lesen müssen,[324] so kann man doch nicht daran vorbeisehen, daß es in der Praxis selten geschieht. Der Unternehmer darf also nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß der Kunde seine Veröffentlichung beachtet hat. Daran folgt, daß die Veröffentlichung - zumindest für sich betrachtet - kein Umstand ist, der den Unternehmer berechtigen kann, die Vertragserklärung des Kunden so auszulegen, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen miterklärt wären.

---

323) Haupt, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 12 Heft 100, S.54, stellt fest, daß in der Regel nicht einmal die ausgehändigten Geschäftsbedingungen gelesen werden. Vgl. auch Wolf Werbung 1960 S. 1381 = BB 1960 S. 1265

324) Vgl. oben B. IV. 1. b. aa) und 2. b. aa).

b) Die wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers

Großes Gewicht wird zuweilen auf den Umstand gelegt, daß der Kunde als wirtschaftlich Schwächerer, obwohl ihm die allgemeinen Geschäftsbedingungen meistens mißfallen, deren Geltung schließlich und endlich doch billigen müsse. Damit kann der Unternehmer rechnen. Vor allem Raiser betont diesen Gesichtspunkt besonders.[325] Er meint, daß auch ein ausdrücklicher Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen den Kunden kaum veranlassen würde, sie genauer zu studieren. Selbst das Studium würde ihn schwerlich vom Vertragschluß abhalten. Der Kunde fühle sich eben als einzelner dem Betriebe gegenüber machtlos. Er füge sich freiwillig oder widerstrebend in die ihm aufgedrängten Bindungen, zu schwach, sie zu gestalten, außerstande, sie zu übersehen, vertrauend auf die Typizität des Falles, die ihm eine erträgliche Lösung verbürgen soll.

In der Tat ist dieser Umstand in der Praxis meistens für den Unternehmer der entscheidende Grund anzunehmen, daß der Kunde die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen "wolle". Doch stellt eine solche Annahme, daß dem Kunden als wirtschaftlich Schwächeren schließlich nichts anderes übrig bleibe, als die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu wollen, einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar und darf daher wegen § 157 BGB bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden.[326] Verträge sind nach Treu und Glauben auszulegen und nicht nach Machtstellungen. Auch der wirtschaftlich Stärkere hat seinen Vertragspartner als Partner zu betrachten und nicht als Gewaltunterworfenen.[327] Der Unternehmer, der sich den wörtlichen Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen deshalb ersparen zu können glaubt, weil er meint, der Kunde müsse sich sowieso darauf einlassen, so daß ein Hinweis Zeit-

325) Raiser, a.a.O., S. 148 und S. 171

326) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 13 S. 82 ff. Hier liegt rechtsdogmatisch der richtige Ansatz der Lehre über die immanenten Bindungen der Vertragsfreiheit (Zusammen mit § 242 BGB). Vgl. dazu Raiser, a.a.O., § 27 S. 277 ff.; Brandt, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 5 1940, S. 76 ff.; (BGH BB 1958 S. 283 = Betrieb 1958 S. 305; BGH BB 1960 S. 1364 = Betrieb 1960 S. 1495 = VersR 1960 S. 1133 = WertpMitt 1960 S. 1391; BGHZ Bd. 22 S. 90, 98 = BB 1956 S. 1121 = NJW 1957 S. 17 = Betrieb 1956 S. 1176; Klausing, Vortrag am Deutschen Juristentag 1936, Bericht S. 449; vgl. auch unten zu Krause und Nipperdey unter 4. b S. 118/119 Fußnote 362

327) Vgl. Stoldt, MDR 1951, S. 142

verschwendung sei, mißachtet die Rechtsstellung seines Kunden als Vertragspartner gröblich. Er glaubt, diese Rechtsstellung des Kunden durch die eigene wirtschaftlich-tatsächliche Machtstellung in rechtserheblicher Weise ersetzen zu können. Mit Recht hat Haupt in diesem Zusammenhang betont, daß der Satz von Treu und Glauben gegen die Unternehmer zu richten ist, die ihre gesetzlichen Vertragspflichten durch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen außerordentlich einschränken wollen, es aber nicht einmal für nötig halten, ihre Kunden darauf hinzuweisen.[328]

c) Allgemeine Kenntnis der Kundschaft vom Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Rechtsprechung stützt sich vor allem auf die Behauptung, daß das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen für bestimmte Geschäftszweige allgemein bekannt sei und auch fast jeder wisse, daß die Unternehmer von ihren Bedingungen selten Ausnahmen machten. Es hat jedoch noch keine Statistik bewiesen, welcher Prozentsatz der geschäftsfähigen Rechtsgenossen davon weiß, daß die Unternehmer bestimmter Geschäftszweige ihren Geschäften allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen pflegen. Bärmann meint zwar, daß jeder Volksgenosse schon Bekanntschaft mit allgemeinen Geschäftsbedingungen gemacht habe, sei es, daß er sich ein Bankkonto eröffnen ließ, daß er an ein Versorgungsnetz angeschlossen wurde, eine Versicherung einging, eine Luft- oder Schiffsreise unternahm oder einen Massenartikel im Kreditwege erwarb.[329] Allerdings schließen die meisten Rechtsgenossen mindestens eines der von Bärmann erwähnten Geschäfte ab. Doch folgt hieraus keineswegs, daß sie hierbei mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen Bekanntschaft machen müssen. Denn die allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nicht immer ausgehändigt, geschweige denn zur Unterschrift vorgelegt. Aber selbst wenn dies geschieht, nimmt der Kunde in aller Regel keine Kenntnis von ihnen. Der Durchschnittsbürger richtet sich erfahrungsgemäß nur

328) Haupt, a.a.O., S. 52
329) Bärmann, a.a.O., II. S. 11

nach dem, was wörtlich verabredet wird [330] und hält Unterschriften unter Formulare, falls sie überhaupt von ihm verlangt werden, für Formalitäten, von denen er dazu oft nichts oder nur wenig versteht. Jeder Vertreter wird bestätigen können, daß die auf der Rückseite kleingedruckten Geschäftsbedingungen von den unterschreibenden Kunden gar nicht zur Kenntnis genommen werden.[330a]

Bekanntschaft macht der einzelne mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig erst dann, wenn sie im Einzelfall auf ihn angewandt werden sollen, weil irgendetwas nicht plangemäß abgelaufen ist. Dies kommt aber nicht so häufig vor, daß es die Mehrheit der Volksgenossen betrifft. Aber selbst wenn sehr viele Volksgenossen verschiedentlich mit allgemeinen Geschäftsbedingungen Bekanntschaft gemacht haben würden, wäre damit noch lange nicht gesagt, daß sie damit rechnen, in bestimmten Geschäftszweigen sei die Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen schlechthin üblich. Tatsache ist, daß nur eine Minderheit des Volkes davon weiß.[331] Nur unter Kaufleuten und Juristen ist allgemein bekannt, in welchen Geschäftszweigen mit allgemeinen Geschäftsbedingungen gearbeitet wird.[332] Nur wenn die Kunden zu diesen Kreisen gehören, darf der Unternehmer in Betracht ziehen, daß sie vom Bestehen seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen wissen. Damit liegt die Auffassung nahe, daß der Unternehmer eines Großbetriebes in einem Geschäftszweig, in dem üblicherweise mit allgemeinen Geschäftsbedingungen gearbeitet wird, die Vertragserklärungen von Kaufleuten und Juristen nach Maßgabe seiner Geschäftsbedingungen auslegen darf, sofern diese nur augenfällig veröffentlicht sind und keine ausgedehnten Einzelvertragsverhandlungen ohne Erwähnung der Geschäftsbedingungen stattgefunden haben.[333] Obwohl eine solche Auffassung vertretbar erscheint, ist sie doch nicht unbedenklich.

Zunächst ist zu bedenken, daß es leichtfertig ist, von der Kenntnis der Mehrheit auf den Willen des einzelnen Kunden zu schließen. Der Unter-

---

330) Vgl. Großmann-Doerth, a.a.O., S. 11

330a) Vgl. auch BGH WertpMitt 1960 S. 1381 = BB 1960 S. 1365

331) Hamann, MDR 1949 S. 210, hält es für eine bedenkliche Fiktion, daß Privatleute die Einstellung des Spediteurs kennen, die ADSp seien maßgebend.

332) Vgl. Stoldt (MDR 1951 S. 142), der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, daß oft schwer zu entscheiden sei, welche allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt in Frage kommen: die ADSp oder die ALB (vgl. auch LG Aachen NJW 1952 S. 626).

333) Vgl. zu diesen Voraussetzungen im einzelnen oben B. IV. 1. S. 86 ff.

nehmer empfängt schließlich nicht eine Vertragserklärung von der Allgemeinheit der Kaufleute, sondern von einem bestimmten Kunden. Was einer Mehrheit bekannt ist, braucht nicht demjenigen Kunden bekannt zu sein, der die Vertragserklärung abgibt.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß der Unternehmer die Vertragserklärung wegen § 157 BGB so auslegen dürfe, wie eine solche gleicher Art allgemein verstanden werde. Denn wie eine Vertragserklärung ohne Erwähnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im allgemeinen verstanden wird und werden darf, ist ja hier gerade erst die Frage. - Außerdem kann man nicht mit Recht behaupten, daß die Kunden regelmäßig die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers dadurch herbeiführen wollen, daß sie zu diesem Punkt schweigen.[334] Das Schweigen der Kunden ist eher ein Zeichen mißtrauischer Zurückhaltung oder Unkenntnis. Man darf die Kenntnis vom Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen mit dem Willen zu ihrer Geltung nicht einfach identifizieren.[335] Die Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen geschieht auf Seiten der Kunden in der Regel keineswegs durch Schweigen, sondern durch Empfangnahme eines Abdrucks oder gar Unterschrift - zumindest zu Beginn der Geschäftsbeziehung. Dies wird immer so bleiben, auch wenn die Praxis der allgemeinen Geschäftsbedingungen noch so selbstverständlich wird. Denn der Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert sich laufend, so daß nur wenige Normen Verkehrssitte oder gar Gewohnheitsrecht werden. Es wird kaum vorkommen, daß alle Geschäftsbedingungen eines Unternehmers ohne Ausnahme als Verkehrssitte angesprochen werden können. Nach jeder Änderung ist das Einverständnis des Kunden mit den geänderten Geschäftsbedingungen nicht mehr so selbstverständlich wie etwa vorher das Einverständnis mit den bisherigen Geschäftsbedingungen. Darum sieht sich der Unternehmer immer wieder genötigt, sich des Kundeneinverständnisses besonders zu versichern, so daß ein Einverständnis des Kunden durch Schweigen, obwohl es auch vorkommt, nicht Verkehrssitte werden kann.

Zudem ist bei den Kunden nicht der Wille zur Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmer allgemein verbreitet - eher das Gegenteil -, sondern lediglich in Kreisen der Kaufleute und Juristen die Kenntnis

---

334) Anders dann, wenn schon Geschäftsbeziehungen bestehen, für die schon immer die in Frage stehenden allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrundegelegt wurden.

335) Vgl. dazu auch unten S. 112.

von der Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen und infolgedessen das Wissen vom entsprechenden Geschäftswillen der Unternehmer in diesen Geschäftszweigen. Dies genügt zwar für die Annahme, daß der Kunde im Falle einer augenfälligen Veröffentlichung den Geschäftswillen des Unternehmers, nach Maßgabe seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen, kennen muß, so daß regelmäßig die Vertragserklärung des Unternehmers auch ohne wörtliche Bezugnahme nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstehen ist.[336] Aber die nämlichen Umstände, die den objektiven Inhalt der einen Vertragserklärung bestimmen, bestimmen nicht ohne weiteres auch den objektiven Inhalt der anderen Vertragserklärung. Das verbietet § 155 BGB. Hier setzt das Gesetz voraus, daß die Vertragserklärungen der Parteien in ihrem objektiven Inhalt voneinander abweichen können, ohne daß dies den Parteien bewußt wird. Diese Möglichkeit ist überhaupt nur denkbar, wenn der Empfänger des Vertragsantrages diesen anders versteht, als er ihn hätte verstehen müssen.[337] Wenn der Offerent bei der Auslegung der Annahmeerklärung aber immer ohne weiteres voraussetzen dürfte, daß der Oblat den Vertragsantrag so verstanden hat, wie er ihn hätte verstehen müssen, so würde die Annahmeerklärung immer denselben objektiven Inhalt haben wie der Antrag und der Fall, den § 155 BGB regelt, würde nie eintreten.[338]

Entscheidend ist aber vor allem folgendes: Auch diejenigen Kunden, die Kaufleute sind, kennen in aller Regel den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht, wenn er ihnen während der Vertragsverhandlungen nicht irgendwie nahe gebracht wurde. Dies gilt nicht nur für die vielen Fälle, in denen die Kunden den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne wesentliche Schwierigkeiten nicht erfahren können,[339]

---

336) Vgl. im einzelnen oben B. IV. 1. S. 86 ff., insbesondere S. 87/88

337) Dies folgt aus dem Veranlassungsprinzip. Wenn der Erklärungsempfänger die Erklärung nämlich schuldlos anders versteht, als der Erklärende sie meint, so hat der Erklärende den falschen Eindruck des Erklärungsempfängers mindestens veranlaßt, wenn nicht verschuldet. Ein Dissens nach § 155 BGB muß daher in einem solchen Falle immer ausscheiden. Vgl. auch Fußnote 221 S. 72

338) Daher ist Haus (a.a.O., S. 12 f.) nicht zu folgen, der von dem objektiven Sinn der Vertragserklärung des Unternehmers auf den Sinn der Kundenerklärung schließt.

339) Vgl. dazu oben B. IV. 1. S. 87/88

sondern es gilt schlechthin.[340] Dies ist eine Erfahrungstatsache, die den Unternehmern bekannt ist oder mindestens bekannt sein müßte.[341] Daraus folgt, daß die Vertragserklärung des Kunden, wenn eine Auslegung nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt in Frage steht, regelmäßig nur als Unterwerfungserklärung[342] in Betracht kommt.

---

340) Daß der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte kennen müssen, betrifft nur die objektive Bedeutung der Vertragserklärungen des Unternehmers. Wenn der Unternehmer erkennen muß, daß der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kennt, so kann die Vertragserklärung des Kunden die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht beinhalten, auch wenn der Kunde den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennen müßte.
Daß ein Schluß von der objektiven Bedeutung einer Vertragserklärung auf die objektive Bedeutung der anderen nicht zulässig ist, ergibt sich auch daraus, daß man ja mit dem gleichen Recht zuerst einmal nach der objektoven Bedeutung der Vertragserklärung des Kunden fragen könnte, also die Frage klären könnte, wie der Unternehmer die Erklärung des Kunden hätte verstehen müssen. Kommt man dabei zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer über den Sinn der Vertragserklärung des Kunden, soweit die allgemeinen Geschäftsbedingungen betroffen sind, Zweifel haben müßte, so darf man daraus ja auch nicht schließen, daß die Vertragserklärung des Unternehmers ebenfalls unbestimmt sei.

341) Vgl. Raiser, a.a.O., § 16 I. 2. S. 171; Raiser meint allerdings, daß dem Kunden kein Unrecht geschehe, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen für ihn für verbindlich erklärt werden, da ihn die Kenntnis des Inhalts schwerlich vom Vertragsschluß hätte abhalten können.
Vgl. dazu oben b S. 108 ff.

342) Zum Begriff der Unterwerfung vgl. B. IV. 2. S. 89 f.

4. Das Vertrauen auf das Vorliegen eines Unterwerfungswillens

Die Unterwerfungserklärung ist ein großes Wagnis.[343] Sie ist einer Unterschrift unter eine ungelesene Urkunde zu vergleichen.

a) Vergleich mit Telquelerklärung und Risikoerklärung

Bei der Unterschrift unter eine ungelesene Urkunde werden Telquelerklärungen und Risikoerklärungen unterschieden.[344] Während die Telquelerklärung auf den Inhalt der Urkunde, wie immer er auch sein möge, gerichtet ist, hat der Erklärende bei einer Risikoerklärung erkennbar eine bestimmte Vorstellung vom Inhalt der Urkunde und will lediglich eine teilweise und geringfügige Unrichtigkeit seiner Vorstellung riskieren.[345] Das bedeutet nicht, daß eine Telquelerklärung nur dann vorliegt, wenn erkennbar völlig blindlings unterschrieben wird. Auch hier kann der Erklärende eine Vorstellung vom Inhalt der Urkunde haben, insbesondere soweit es die Art des Geschäftes angeht, zum Beispiel Schauspielvertrag, Bürgschaft oder Kauf. Die Gleichgültigkeit des Erklärenden betrifft regelmäßig nur die Beschaffenheit einer ihm zu liefernden Ware[346] oder die Höhe der von ihm zu zahlenden Summe.

Die Unterscheidung zwischen Telquelerklärung und Risikoerklärung ist, wenn sie einen Sinn haben soll,[347] danach zu treffen, ob der Erklärende erkennbar erstens eine bestimmte Vorstellung vom Inhalt der Urkunde hat und zweitens ob er erkennbar lediglich eine teilweise und ge-

---

343) Vgl. Siegel, ArchZivPr Bd. 111 S. 92 ff.; Raiser, a.a.O., § 16 I. 1. S. 170

344) Vgl. Siegel, ArchZivPr Bd. 111 S. 92 ff.

345) Vgl. Siegel, ArchZivPr Bd. 111 S. 85 ff., insbesondere S. 91 ff.

346) Die Bezeichnung "tel quel" hat sich aus dem Überseehandel entwickelt. Ursprünglich bedeutete es, daß die Ware so abgenommen werden muß, wie sie anfällt. Doch mußte die Ware handelsüblich sein. Dies beweist, daß die Telquelerklärung keine völlig vorstellungslose Erklärung war. Der Erklärende weiß, daß es sich um einen Kauf handelt und die Ware handelsüblich sein muß.

347) Für Auslegung (vgl. unten Fußnote 353) und Irrtumsanfechtung

ringfügige Unrichtigkeit seiner Vorstellung riskieren will.[348] Sind diese Voraussetzungen gegeben, handelt es sich um eine Risikoerklärung, anderenfalls liegt eine Telquelerklärung vor. Beide - Telquelerklärung und Risikoerklärung - sind ihrerseits von den Erklärungen zu unterscheiden, bei denen der Erklärende den Inhalt der Urkunde zwar nicht liest, aber doch eine inhaltlich bestimmte Erklärung, die vom Inhalt der Urkunde abweicht, abgibt[349] oder abgeben will.[350]

Außerdem ist zu beachten, daß eine Erklärung als Risikoerklärung oder Telquelerklärung erscheinen, aber als Erklärung eines bestimmten Inhalts gewollt sein kann.

Raiser und Herschel meinen, die Unterwerfung unter allgemeine Geschäftsbedingungen - Raiser nennt es "Verweisung" - sei seitens des Kunden stets eine Risikoerklärung.[351] Dies wird jedoch nur in Ausnahmefällen zutreffen. Bei den heutigen komplizierten Geschäftsbedingungen kann nur ein versierter Fachmann eine bestimmte Vorstellung vom Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Außerdem haben die allgemeinen Geschäftsbedingungen selten Geringfügigkeiten zum Inhalt, worauf alleine sich das Risiko bei der Risikoerklärung im technischen Sinne bezieht.[352] Wer daher einen Vertrag schließt und sich darin den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers unterwirft, gibt eine Telquelerklärung ab, es sei denn, er wäre ein Fachmann, der den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen dieser Branche schon aus Erfahrung kennt.

---

348) Als Beispiel führt Siegel den Fall an, daß der Unterzeichner sieht, der Vertragsentwurf enthalte mehr, als das, worüber mündlich verhandelt wurde (a.a.O., S.92 f.):"... das Charakteristische dieser Gruppe liegt darin, daß die Abweichungen von der Vorstellung, welche der Erklärende unbesehen billigen will, inhaltlich begrenzt sind. Während er bei der Telquelerklärung mit jedem Text einverstanden ist, will er hier wohl Abweichungen von seinem Willen gelten lassen, aber nicht in allzustarkem Maße."

349) Z.B. beiderseitiger Irrtum im Ausdruck oder § 117 Abs.2 BGB

350) Z.B. der Erklärende diktiert seiner Schreibkraft, die die Erklärung fehlerhaft in Reinschrift anfertigt, und unterschreibt dann die von seinem Willen inhaltlich abweichende Reinschrift, ohne sie vorher zu kontrollieren. "Normalerklärung" im Sinne Siegels vgl. a.a.O., S.85 ff., insbesondere S. 92

351) Raiser, a.a.O., § 16 I. S.170 ff.; Herschel, DR 1942 S. 755

352) Dem Reichsgericht kam es in seiner vielbeachteten Entscheidung in DR 1941 S.1210 ff. darauf an, die Geltendmachung des Irrtums über

Nun ist anerkannt, daß der Wille zur Abgabe einer Telquelerklärung wegen der damit verbundenen Risiken keineswegs vermutet werden kann, sondern nur dann anzunehmen ist, wenn dies durch besondere Umstände gerechtfertigt ist.[353] Dies gilt umsomehr, weil der Unternehmer mit der Aufstellung seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen bekanntermaßen unter anderem den Zweck verfolgt, die Vertragsverhältnisse mit den Kunden für sich möglichst günstig zu gestalten. Es ist von einem verständigen Kunden nicht zu erwarten, daß er sich solchen Geschäftsbedingungen blindlings unterwerfen will.[354]

Der Unternehmer darf also grundsätzlich nur dann einen Willen des Kunden, unter den allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen aus dessen Vertragserklärung entnehmen, wenn er weiß oder auf Grund des Verhaltens des Kunden annehmen darf, daß er nicht nur das Bestehen, sondern auch den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt. Das Vertrauen auf das Vorliegen eines Unterwerfungswillens ist in aller Regel unberechtigt.[355]

b) Unterstellung der Billigkeit und die entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 1 und Abs. 3 oder der §§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 BGB

Obwohl eine Unterwerfungserklärung des Kunden nicht zu vermuten ist, soll hier nicht die Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß der Unternehmer unter besonderen Umständen annehmen darf, der Kunde wolle sich den

---

den Inhalt der Geschäftsbedingungen auszuschließen. Wäre die Unterwerfung nur eine Risikoerklärung im Sinne Siegels, so wäre eine Anfechtung über den Inhalt der Geschäftsbedingungen jedoch möglich.

353) Vgl. Siegel, a.a.O., S. 92; Dies müßte naturgemäß auch für Risikoerklärungen gelten, wenn hier das Risiko nicht nur Geringfügigkeiten beträfe.

354) Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß der Kunde schließlich doch wollen müsse, wenn er überhaupt zu einem Abschluß gelangen wolle. Vgl. dazu oben 3. b S. 108 ff

355) Raiser (a.a.O., § 18 II. 2. S. 204) führt daher richtig aus, der bloße Umstand, daß der Unternehmer mit anderen Kunden seine allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren pflege, könne, selbst wenn der Kunde dies wisse, nicht ausreichen, um auch seine Erklärung als Verweisung auszulegen.

allgemeinen Geschäftsbedingungen unterwerfen. Wenn aber nun der Kunde durch eine Unterwerfungserklärung dem Unternehmer oder dessen Wirtschaftsverband die nähere Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses vertrauensvoll überläßt, so bedeutet das nicht, daß er ein unbegrenztes Wagnis eingehen will. Vielmehr muß der Unternehmer annehmen, der Kunde vertraue darauf, daß er die allgemeinen Geschäftsbedingungen nach gerechten und billigen Gesichtspunkten zweckentsprechend ausgestaltet habe.[356] Dies gilt besonders dann, wenn der Unternehmer betont hat, daß ihm daran gelegen sei, seine Kunden in jeder Hinsicht zufrieden zu stellen. Dabei handelt es sich nur selten um einen bloß unbeachtlichen Beweggrund des Kunden zur Abgabe seiner Unterwerfungserklärung, sondern zumeist um eine dem Unternehmer deutlich erkennbare Unterstellung (condicio in praesens) [359] seitens des Kunden. Zu einem solchen Ergebnis führt auch die entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 1 und 3 BGB.[357] Wenn es sich bei den §§ 315 ff. BGB auch nur um die künftige Bestimmung der Hauptleistung handelt, während hier die Bestimmung die Modalitäten betrifft und bereits vor Vertragsschluß erfolgt ist, so ist die Interessenlage doch in dem wesentlichen Punkt die gleiche, nämlich darin, daß die eine Vertragspartei bzw. ein Dritter das Vertragsverhältnis betreffende Bestimmungen einseitig allein verbindlich festsetzt.[358] Bei der Unterwerfungserklärung des Kunden kann es sich zwar nicht um eine durch die Billigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen bedingte Erklärung handeln, aber immerhin um eine Unterstellung (= condicio in praesens) [359] der

---

356) v. Brunn (a.a.O., I. 1. S. 5/6) betont, der Kunde vertraue vielfach darauf, daß der Lieferant seine Bedingungen aus seinem Wissen und seinen Erfahrungen als verantwortungsbewußter Unternehmer festgelegt habe. Aus diesem Vertrauen sei es in erster Linie zu erklären, daß die Bedingungen so wenig gelesen würden.

357) Bzw. der §§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 BGB, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem Dritten, z.B. einem Verband, stammen.

358) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. Allg. Teil, § 8 IV: "Der Schutzgedanke des § 315 sollte hier von den Gerichten anerkannt werden." Hinsichtlich der Unterschrift unter eine ungelesene Urkunde so ähnlich (Anwendung der §§ 315 ff.) v. Seeler, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, S. 24 ff.

359) Der Begriff "Unterstellung" stammt von Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1. Allgemeiner Teil, 1926, § 40 S. 305 ff., § 35 S. 282. Die Zulässigkeit der "Unterstellung" folgt aus der Privatautonomie (vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 194 II. 1. Fußnote 6 S. 1186). Henle stützt sie auf § 2 VVG (a.a.O., S. 306 f.).

Billigkeit. Voraussetzung einer Unterstellung ist eine - wenn auch geringe subjektive Ungewißtheit des Erklärenden.[360] Wenn also der Kunde irrigerweise völlig sicher wäre, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich gerecht und billig seien, so läge ein Unterstellung im Rechtssinn nicht vor.[361] Daraus erhellt , daß im Zweifel (entsprechend §§ 315 ff. BGB) eine Unterstellung der Billigkeit angenommen werden muß. Denn in welchem Falle wird der nicht ganz arglose Kunde schon völlig sicher sein, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich gerecht und billig sind?! Er wird es höchstens dann sein, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen von wirtschaftlich gleichstarken Interessenverbänden vereinbart worden sind. - Sind also die allgemeinen Geschäftsbedingungen gerecht und billig, wofür die gesetzliche Regelung des betreffenden Vertragstypus eine gute Richtschnur bildet, so wird ihre Geltung durch die Unterwerfungserklärung begründet. Entsprechen sie jedoch nicht der Billigkeit, so werden sie im Zweifel von der Unterwerfungserklärung des Kunden nicht in Kraft gesetzt,[362] also für den Kunden nicht verbindlich (analog §§315 Abs.3

---

360) Vgl. Henle, Allgemeiner Teil, S. 305

361) Möglicherweise aber ist die Billigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen dann Geschäftsgrundlage, da auch in diesem Fall der Unternehmer erkennen muß, daß der Kunde die Billigkeit voraussetzt.

362) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt "wohl auch" (vgl. oben A.II.S.4/5 das Reichsgericht in RGZ Bd.103 S.84, wonach die allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann Inhalt des Vertrages mit den Kunden werden sollen, wenn sie nicht solche Bestimmungen enthalten, die eine freiwillige Unterwerfung der Kunden von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen. Kritisch hierzu Michel (a.a.O., § 14 c S.27), der das Billigkeitserfordernis als ein der Frage des Vertragsabschlusses an sich wesensfremdes Element bezeichnet. Vgl. auch die Auffassung von Nipperdey (a.a.O., § 49 III.S. 301, § 163 VI. 4. S. 1011 f.) und Krause (BB 1955, S.268 f.), die sie mit dem Grundgesetz begründen zu können glauben. Danach dürfen im sozialen Rechtsstaat (Art. 20 GG), der die Freiheit der Persönlichkeit nur im Rahmen des Sittengesetzes schütze (Art. 2 Abs. 1 GG), die nachgiebigen Vorschriften des Gesetzes nur insoweit durch Vertrag abgeändert werden, als dafür triftige sachliche Gründe vorliegen.
Doch schon das BGB schützt die Vertragsfreiheit nur im Rahmen des

Satz 1, 319 Abs. 1 Satz 1 BGB). In entsprechender Anwendung der §§ 315 Abs. 3 Satz 2, 319 Abs. 1 Satz 2 BGB sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen dann durch Urteil einer billigen und gerechten Regelung anzupassen.

Sittengesetzes (§ 138 BGB), Es ist nicht anzunehmen, daß der Grundgesetzgeber unter dem "Sittengesetz" in Art. 2 Abs. 1 GG etwas anderes verstanden wissen wollte als die "guten Sitten", von denen der § 138 BGB spricht. Wenn jedoch allgemein ein strengerer Maßstab angelegt werden soll, als § 138 BGB es gestattet, so ist es besser, den § 242 BGB heranzuziehen, als das Grundgesetz zu strapazieren (so der BGH BB 1958 S. 283 = Betrieb 1958 S. 305; BGH BB 1960 S. 1364 = Betrieb 1960 S. 1495 = VersR 1960 S. 1133 = WertpMitt 1960 S. 1391; BGHZ Bd. 22 S. 90, 98 = BB 1956 S. 1121 = NJW 1957 S. 17 = Betrieb 1956 S. 1176). Doch ist zu beachten, daß nach der Dogmatik des BGB der § 242 BGB keinen Nichtigkeitsgrund liefert. Man darf einen Vertrag, dessen Inhalt einem nicht gefällt, der aber nicht nach § 138 BGB nichtig ist, nicht einfach nach § 242 BGB für "unwirksam" erklären. Denn das liefe praktisch darauf hinaus, daß der Begriff der "guten Sitten" und damit der Anwendungsbereich des § 138 BGB erweitert wird, auch wenn weder von den "guten Sitten" noch von § 138 BGB ausdrücklich die Rede wäre.
Hinsichtlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen soll doch nur deshalb ein strengerer Maßstab angelegt werden, weil der Kunde regelmäßig an der Abfassung der Bedingungen nicht beteiligt wird, also eine einseitige Bestimmung von Vertragsnormen vorliegt. Deshalb ist es sachlich richtiger, den § 315 BGB entsprechend anzuwenden, als irgendwelche Generalklauseln heranzuziehen, was ja doch weniger eine Begründung aus dem Gesetz als aus dem Rechtsgefühl darstellt.
Vgl. zu diesem Fragenkomplex auch oben S. 108 Fußnote 326

5. Obliegenheit des Kunden zum Widerspruch

Es ist bereits dargelegt worden, daß jeder Vertragspartner kraft Gesetzes zwei Obliegenheiten hat: die Erklärungsobliegenheit und die Auslegungsobliegenheit.[416] Krauses Auffassung über die Obliegenheit des Kunden zum Widerspruch [416a] läßt sich daher zum Teil damit begründen, daß die mögliche Obliegenheit zum Widerspruch nichts anderes ist, als die Erklärungsobliegenheit des Kunden. Danach muß sich der Kunde bei Abgabe seiner Vertragserklärung möglichst so ausdrücken, daß der Unternehmer den Geschäftswillen des Kunden richtig verstehen kann. Dazu gehört gegebenenfalls, daß der Kunde unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er die Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wolle. Falls er dieser Obliegenheit verletzt, kann der Vertrag ohne allgemeine Geschäftsbedingungen nicht zustandekommen. Dies ist ein Gebot der Verkehrssicherheit.[417] Hat in einem solchen Fall der Erklärungsempfänger seine Auslegungsobliegenheit nicht verletzt, so kann sein Eindruck die Rechtsfolge bestimmen.[418] Wann dies der Fall ist, bestimmt das Gesetz, wie oben dargelegt wurde,[419] nicht aber ein lediglich "sozialer Kontakt", wie Krause meint. Denn die Erklärungsobliegenheit des Kunden ergibt sich schon aus einem Rechtssatz, der vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt wird, dem Rechtssatz nämlich, daß jeder Vertragspartner seinen Geschäftswillen dem anderen unmißverständlich erklären muß, wenn er die gewollte Rechtsfolge herbeiführen will. Es handelt sich hier also um keine neue Besonderheit für den Bereich des entpersönlichten Massenverkehrs, sondern um eine alte Rechtswahrheit, die allgemein gilt.

---

416) Vgl. oben B. III. 3. S. 49 ff. und 5. b S. 63 ff. Daneben spielt, falls auch Willensverräter auftreten, die Deutungsobliegenheit im weiteren Sinne eine Rolle - aber nur für den Fall, daß die Anwendung des § 122 BGB in Frage steht.

Vgl. S. 64 Fußnote 201; vgl. auch oben S. 72 und dort Fußnote 220

416a) Vgl. oben A. II. 3. S. 8 ff.

417) Vgl. oben B. III. 3. S. 46 ff., insbesondere S. 50

418) Vgl. oben B. III. 3. S. 49/50

419) Vgl. oben B. III. 5. c S. 66 ff.

Außerdem muß es wundernehmen, daß ausgerechnet im entpersönlichten Massenverkehr, wo doch der "soziale Kontakt" zwischen den Vertragspartnern auf ein Minimum zusammenschrumpft, dieser rechtlich mehr bewirken soll, als der engere Kontakt bei ausführlicheren Vertragsberhandlungen. Wenn das Gesetz die Erklärungsobliegenheit des Kunden normiert, die - soweit die Umstände es gebieten - einen Widerspruch gegen die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen mitumfaßt, so ist kein Raum dafür, dieselbe Obliegenheit daneben aus "sozialem Kontakt" herzuleiten. Das Gesetz normiert weder die Rechtsfolge, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers die Rechtswirkung in jedem Fall bestimme, in dem der Erklärende seine Erklärungsobliegenheit verletzt, noch verlangt es ein Verschulden des Erklärenden für den Eintritt der Folgen der Erklärungsobliegenheitsverletzung. Nur dem Rechtsgedanken des Vertrauensschutzes kann entnommen werden, daß der Eindruck des Erklärungsempfängers die Wirkung der Willenserklärung bestimmen müsse. Ein Vertrauensschutz ist aber nicht in jedem Fall gerechtfertigt, in dem der Erklärende seine Erklärungsobliegenheit verletzt. Dies wurde oben im einzelnen dargelegt.[420]

Letztlich entspringen alle Rechtssätze dem sozialen Kontakt, also auch der die Erklärungsobliegenheit des Kunden begründende Rechtssatz. Soll also die Verletzung der Erklärungsobliegenheit durch den Kunden im Bereich des entpersönlichten Massenverkehrs im Falle des Verschuldens vom Gesetz abweichende Rechtsfolgen haben, die auf "sozialen Kontakt" zurückzuführen wären, so kann dies nur durch eine sekundäre Lücke im Gesetz gerechtfertigt werden. Den Nachweis, daß eine solche hinsichtlich Auslegung und Anfechtung der Willenserklärung vorliegt, ist Krause jedoch schuldig geblieben.[421]

---

420) Vgl. oben B. III. 3. S. 48 ff., B. III. 5. c bb 3. S. 74

421) Vgl. dazu unten D. II. S. 131 ff., insbesondere S. 135 ff.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß in dem oben auf S. 2 umschriebenen Tatbestand der Unternehmer regelmäßig nur dann die Vertragserklärung des Kunden nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen auslegen darf, wenn er
entweder weiß oder auf Grund des Verhaltens des Kunden annehmen darf, daß dieser den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt,[363]
oder auf Grund des Verhaltens des Kunden annehmen muß, daß dieser auf ihre Kenntnisnahme keinen Wert lege und trotzdem abschließen wolle.[364]

Im zweiten Falle aber darf er den Unterwerfungswillen des Kunden im Zweifel nur so verstehen, daß dieser die Gerechtigkeit und Billigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen unterstellt.

In den weit überwiegenden Fällen kann der Unternehmer nicht sicher sein, daß der Kunde nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen will, sondern er müßte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt darüber zweifeln.[365]

Als nächstes taucht die Frage auf, ob diese Zweifel auf Grund der Erklärung des Kunden bestehen müßten - diese Erklärung also in bezug auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen unbestimmt erscheint - oder ob die Zweifel ihre Grundlage in Umständen finden müßten, die außerhalb des Erklärungstatbestandes liegen.[366] Es liegt nicht so, daß die Vertragserklärung des Kunden - für sich betrachtet - einen

---

363) Vgl. oben 3. und 4. S. 106 bis 116, insbesondere 4. a S. 116

364) Vgl. oben 4. b S. 116 ff.

365) Es kann sogar unter Umständen Fälle geben, in denen der Unternehmer annehmen und erkennen müßte, daß der Kunde die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht will.

366) Warum diese Frage erheblich ist, wurde auf S. 73 Fußnote 223 (B. III. 5. c bb 2), S. 69 bis 73, S. 62 bis 65 (B. III. 5. b) dargelegt.
Beachte, daß nicht der Fall untersucht wird, in dem der Unternehmer Zweifel hat, sondern in dem er keine hat, obwohl er welche haben müßte.

bestimmten Sinn hinsichtlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergäbe und erst außerhalb der Erklärung liegende Umstände Zweifel darüber begründen, ob dieser Sinn auch vom erklärenden Kunden gemeint ist. Die Vertragserklärung läßt vielmehr die Frage, ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen oder nicht, offen und die außerhalb der Erklärung liegenden Umstände können auch keinen eindeutigen Aufschluß geben. Die Zweifel bestehen also bereits auf Grund der Vertragserklärung des Kunden. Wenn der Unternehmer seine Vertragserklärung nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abgegeben hatte, [367] ist somit in den überwiegenden Fällen der § 155 BGB anzuwenden. Danach ist der Vertrag ohne allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam, sofern anzunehmen ist, daß er auch ohne allgemeine Geschäftsbedingungen geschlossen sein würde.

Wenn der Unternehmer die Vertragserklärung des Kunden ausnahmsweise nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen verstehen darf, wird sein berechtigtes Vertrauen auf einen dementsprechenden Geschäftswillen des Kunden geschützt. Die Vertragserklärung des Kunden kann hier nicht so wirken, wie sie gemeint ist. Der Kunde hat vielmehr nur die Wahl, ob seine Vertragserklärung so wirken soll, wie der Unternehmer sie verstanden hat - also nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen - oder ob er dem Unternehmer den Schaden ersetzen will, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf das Vorhandensein eines Geschäftswillens des Kunden, nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen, vertraute. Der Kunde muß dem Unternehmer seine Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern erklären. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so wird er so behandelt, als ob er sich für die Geltung der Vertragserklärung in dem vom Unternehmer verstandenen Sinne - also nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen - entschieden habe.

Hat er sich aber dafür entschieden, den Vertrag nicht nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten zu lassen, und ohne schuldhaftes Zögern dem Unternehmer erklärt, daß die Vertragserklärung wegen mangelnden Willens nicht nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbe-

---

367) Wann dies der Fall ist und wann nicht, wurde oben unter B. IV. S. 83 ff. untersucht.

dingungen gelten soll (Anfechtungserklärung), so hat der Erklärungstatbestand lediglich die Rechtsfolge, daß der Kunde verpflichtet ist, dem Unternehmer den Vertrauensschaden zu ersetzen.[368]

Da sich der Kunde in dem mit dieser Arbeit zu untersuchenden Tatbestand[369] gegen die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen entschieden und diese Entscheidung dem Unternehmer gegenüber ohne schuldhaftes Zögern geltend gemacht hat,[370] haben die allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Kunden und Unternehmer keine Geltung, es sei denn, daß der Kunde den falschen Eindruck des Unternehmers vorsätzlich herbeigeführt haben sollte.[371]

---

368) Vgl. oben B. III. 5. c bb 4. S. 75/76

369) Vgl. oben A. I. S. ?

370) Deshalb kann hier dahingestellt bleiben, ob dem Kunden sogar das Erklärungsbewußtsein insoweit fehlte. Diese Frage wird nur dann interessant, wenn der "Erklärende" seinen Willensmangel nicht ohne schuldhaftes Zögern geltend macht. Vgl. dazu oben S. 81 Fußnote 241

371) Zu dieser Ausnahme vgl. oben 2. S. 104 ff.

D. GELTUNG KRAFT "NORMIERENDER VERKEHRSSITTE"

I. ANWENDUNGSBEREICH DES § 242 BGB

Da die Verkehrssitte kein Gewohnheitsrecht ist und deshalb keine Rechtssätze enthält, muß sie, um Rechtsfolgen bewirken zu können, durch ein Gesetz für maßgebend erklärt werden.[372] Dies geschieht u.a. durch § 242 BGB, wonach die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[373] Darum ist allgemein anerkannt, daß die Verkehrssitte nicht nur einen Maßstab bei der Auslegung von Willenserklärungen bilde(§ 157 BGB), sondern auch die rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen ergänzt.[374] Denn zumeist bestimmt die Verkehrssitte, was Treu und Glauben erfordern.[375]

---

372) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 41 IV. S. 273

373) Ist nicht nur der Unternehmer, sondern auch der Kunde Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB, so kommt daneben § 346 HGB zur Anwendung. Danach ist unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Nach § 346 HGB ergänzt also auch die auf den Handel unter Kaufleuten beschränkte Verkehrssitte das Gesetz. Voraussetzung ist aber, daß beide Vertragspartner Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. HGB sind.

374) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 41 II. 3. S.272; RG Gruchot Bd. 52 S. 1101; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 40 ff. S. 337 ff.; OLG Freiburg JZ 1951 S. 223 mit Anmerkung von Ballerstedt; vgl. vor allem die auf S. 14 unter Fußnote 28 Zitierten. - Es war umstritten, ob die Rechtsfolgen der ergänzenden Verkehrssitte wie solche nachgiebiger Gesetzesvorschriften (z.B. § 612 Abs.2 BGB) nach § 119 BGB anfechtbar sind, wenn sie ungewollt erklärt waren. Es ist das Verdienst Manigks, durch eine scharfe Trennung von Auslegungsvorschriften und Vorschriften ergänzenden Rechts diese Frage geklärt zu haben. Der Erklärungstatbestand hat nicht nur rechtsgeschäftliche Rechtsfolgen, sondern auch Rechtsfolgen, die durch Gesetz und Verkehrssitte eintreten und das Rechtsgeschäft ergänzen. Vgl. oben A. II. 2. S. 6 Fußnote 24

375) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 40 3. b S.345

1. Die Änderung nachgiebigen Gesetzesrechts durch ergänzende Verkehrssitte

Umstritten ist, ob die ergänzende Verkehrssitte nachgiebige Rechtssätze des Gesetzes abändern oder gar beseitigen kann.[376] Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie § 242 BGB auszulegen ist. Es kommt darauf an, ob danach die wandelbare, stets moderne Verkehrssitte die nachgiebigen Vorschriften des Gesetzes nur bereichern oder gegebenenfalls auch außer Kraft setzen sollte. Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Konfliktes zwischen Verkehrssitte und gesetztem Recht nicht ins Auge gefaßt. Vielleicht erschien ihm der Vorrang des Gesetzes selbstverständlich. Jedenfalls ist das Gesetz so auszulegen, daß ein Widerspruch zwischen seinen Normen - soweit möglich - vermieden wird.[377] Deshalb kann die Verkehrssitte die nachgiebigen Vorschriften des Gesetzes nicht außer Kraft setzen. Der Gesetzgeber betrachtete die gesetzlichen Regeln als jeweils gerechten Interessenausgleich. Jede abweichende Übung muß sich von diesem Standpunkt betrachtet von der gerechten Entscheidung entfernen. Je mehr dies der Fall ist, desto weniger kann der unter dem Primat von Treu und Glauben stehende § 242 BGB ins Treffen geführt werden. Je mehr die Verkehrssitte das Gesetz mißachtet, desto weniger steht sie mit Treu und Glauben im Einklang und desto eher verdient sie den Namen "Unsitte". Die Verkehrssitte unterscheidet sich gerade vom Gewohnheitsrecht darin, daß sie nicht von der Rechtsüberzeugung des Volkes getragen ist, sondern nur das Ergebnis wirtschaftlichen Machtkampfes darstellt. Dies für schlechthin maßgebend zu erklären, und mit gesetzesändernder Kraft auszustatten, hieße, tatsächliche Macht mit Recht gleichsetzen.[378] Dies war nicht der Wille des Gesetzgebers, als er den § 242 BGB schuf. Die ergänzende Verkehrssitte kann folglich nur lückenfüllenden, nicht aber derogierenden Charakter haben. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß Gesetzeslücken auch durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse entstehen können.[379]

---

376) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, §§ 38 bis 42 S. 318 ff., insbesondere S. 332 f., S. 363; RGZ Bd. 135 S. 345.

377) Sogar Heck (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 10 4. S. 93 f.; Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz, § 9 V. 4), der die Bedeutung der Gesamtbetrachtung hervorhebt und betont, daß Gesetzeswidersprüche häufig nur betont, daß Gesetzeswidersprüche häufig nur scheinbar bestehen.

378) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 39 2. f S. 332 ff.; S. 37

379) Vgl. dazu unten II. S. 131 ff., insbesondere II. 3. b S. 138 ff.

2. Ergänzende Verkehrssitte als nachgiebiges Gewohnheitsrecht

a) Voraussetzungen

Raiser verlangt für das Eingreifen der ergänzenden Verkehrssitte - im Unterschied zur auslegenden Verkehrssitte - die Aufnahme in den Geltungswillen der Gruppe, innerhalb der die Verkehrssitte geübt wird.[380] Dies begründet er damit, daß das Sollen nicht kausal aus dem Sein abgeleitet werden dürfe.[381] Darum seien, so meint Raiser, die Fälle einer normativ geltenden Verkehrssitte (= ergänzenden Verkehrssitte) stark eingeschränkt. Meist würde sie schon wegen der vielfach ihr innewohnenden einseitigen Machtverstärkungstendenz des Unternehmers die Aufnahme in den Geltungswillen der Gruppe nur selten erlangen, so daß sich nicht mehr als eine tatsächliche Übung, ihre häufige Anwendung feststellen lasse.[382] Nur in wenigen Fällen, überwiegend auch nur für einzelne Klauseln, lasse sich behaupten, daß der Inhalt objektives Recht einer Gruppe geworden sei. Verfolgten allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig die Interessen des Unternehmers, so könne dessen Macht zwar ausreichen, um sie ständig anzuwenden, also ihren Gebrauch verkehrsüblich zu machen; aber nur mit großer Vorsicht dürfe man darüber hinaus annehmen, die Kunden hätten sich in die Verschlechterung ihrer Rechtsstellung schon so gefügt, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen nun ihrer Rechtsüberzeugung entsprächen und von ihnen als Gruppenordnung sanktioniert worden seien.[383]

Raiser fordert also von der sogenannten "normierenden Verkehrssitte" die Qualitäten des Gewohnheitsrechts. Er meint, daß die §§ 242 BGB, 346 HGB dies voraussetzten.[384] So zweifelhaft diese Auffassung sein mag, weil das Gewohnheitsrecht zu seiner Geltung nicht der Ermächtigung durch das Gesetz bedarf, so richtig ist doch die zur Begründung herangezogene Erwägung, daß das Sollen nicht kausal aus dem Sein abgeleitet werden dürfe.

---

380) Raiser, a.a.O., § 6 III. 2. S. 86 f.
381) Raiser, a.a.O., § 6 III. 2. S. 83
382) Raiser, a.a.O., § 6 III. 2. S. 87
383) Raiser, a.a.O., § 14 III. 4. S. 162; dies gelte auch für die von der Handelskammer "kodifizierten Handelsbräuche".
384) Raiser, a.a.O., § 6 III. 2. S. 86/87

b) Zur Auffassung Raisers

Angesichts der eben dargelegten Auffassung Raiser über die Voraussetzungen der ergänzenden Verkehrssitte kann es nicht überzeugen, daß die "Verweisung" in allen den Geschäftszweigen normiert sei, in denen sich der Gebrauch von allgemeinen Geschäftsbedingungen so eingebürgert habe, daß er im Verkehr als selbstverständlich betrachtet werde.[385]

Raiser führt doch selbst aus, daß die ständige Verkehrsüblichkeit des Gebrauchs der allgemeinen Geschäftsbedingungen allein nicht ausreiche, um dementsprechende Normen zu erzeugen. Wenn der Gebrauch der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr als selbstverständlich angesehen wird, so muß nicht eine Gewohnheitsrecht erzeugende Rechtsüberzeugung diese Verkehrsanschauung begründet haben. Sie kann vielmehr ebensogut aus bloßer Erfahrung erwachsen, die der Kunde mit Mißbehagen zur Kenntnis nimmt. In aller Regel wird es auch so sein. Die Konstruktion Raisers scheitert schon daran, daß von einer verbreiteten Rechtsüberzeugung unter den Kunden keine Rede sein kann. Es dürfte kaum allgemeine Geschäftsbedingungen eines Unternehmers geben, die von der Rechtsüberzeugung der Kunden getragen wären. Wenn es nach den Kunden ginge, gäbe es keine allgemeinen Geschäftsbedingungen - zumindest nicht in einer einseitig von den Unternehmern stammenden Fassung.

Außerdem läßt sich hinsichtlich des für das Gewohnheitsrecht erforderlichen Geltungswillens keine Unterscheidung zwischen Verweisung (= Bezugnahme) als solcher und dem Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen treffen. Wenn der Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Rechtsüberzeugung der Kunden nicht getragen ist, so ist es die Verweisung auf diese Geschäftsbedingungen ebensowenig. Daß Rechtssätze, die nicht Gewohnheitsrecht sind, kraft Gewohnheitsrechts gelten, ist unmöglich, weil widersprüchlich.

Der von Raiser behauptete Gewohnheitsrechtssatz läßt sich daher nicht als den Vertrag ergänzender Rechtssatz halten, sondern höchstens als gewohnheitsrechtliche Auslegungsregel.[386] Sie würde dann lauten: "In al-

385) Raiser, a.a.O., § 14 II. 2. S. 159/160; vgl. auch oben A.II. 2.S. 5 ff.

386) Michel vertritt die Auffassung, daß die ständige Rechtsprechung in diesem Sinne bald ein Gewohnheitsrecht entstehen lassen werde. (a.a.O., § 20 S. 36).

len Geschäftszweigen, in denen der Gebrauch von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr als selbstverständlich betrachtet wird, sind die Vertragserklärungen von Unternehmern und Kunden im Zweifel so auszulegen, daß auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen bezug genommen wird." In diesem Fall würden die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht kraft Gewohnheitsrechts gelten, sondern kraft Rechtsgeschäfts. Nicht die Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen wäre Gewohnheitsrecht, sondern die Auslegung der Vertragserklärungen im Sinne einer Bezugnahme. Die Rechtsüberzeugung der Kunden geht nicht dahin, daß die Bezugnahme auf die an einseitigen Interessen orientierten Geschäftsbedingungen gerecht und zweckmäßig sei, sondern sie geht höchstens dahin, daß die Vertragspartner infolge ständiger Übung und infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Vertragserklärungen im Sinne einer Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen auslegen dürfen. Eine solche gewohnheitsrechtliche Auslegungsregel soll hier nicht behauptet werden.[387] Sie wäre vertretbar. Der praktische Unterschied zu dem von Raiser behaupteten nachgiebigen Gewohnheitsrechtssatz ist darin zu sehen, daß im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände eine andere Auslegung möglich wäre und vor allem daß die §§ 119 Abs. 1, 120, 121, 122 BGB anwendbar blieben.

Gegen das letzte kann eingewandt werden, daß die Rechtsprechung die Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen offenbar ignoriere und sich insoweit ebenfalls ein dementsprechendes Gewohnheitsrecht gebildet habe. Raiser behauptet jedoch nur nachgiebiges Gewohnheitsrecht. Eine Abänderung und Einschränkung des § 119 BGB durch nachgiebiges Gewohnheitsrecht wäre aber nur dann möglich, wenn der § 119 BGB auch nur dispositiv wäre. Dies ist aber bekanntlich umstritten,[388] Ehrlich hat richtig ausgeführt, daß Vorschriften, die die Voraussetzungen der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bestimmen, vom Rechtsgeschäft selbst nicht beeinflußt werden können. Denn es sei unmöglich, daß ein Rechtsgeschäft die Voraussetzungen seiner eigenen Wirksamkeit schaffen könnte.[389] Das muß das Gesetz tun.

---

387) Aus zwei Gründen: Erstens ist die Rechtsprechung viel zu schwankend, um einen feststehenden Tatbestand eines Gewohnheitsrechtssatzes zu begründen; zweitens steht hinter der Rechtsprechung über die stillschweigende Unterwerfung nicht die Rechtsüberzeugung des Volkes.

388) Oertmann, BGB-Komm., § 119 Anm. 13; Gradenwitz, a.a.O., § 17 S. 89 ff.; Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB, S. 24

Anfechtbarkeit ist zwar nur vom Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit. Doch der Anfechtungsberechtigte soll seine Entscheidung nach dem Sinn des Gesetzes erst nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes treffen. Wie oben dargelegt wurde, ist der Geschäftswille die wesentlichste Voraussetzung der Willenserklärung und damit des Rechtsgeschäfts.[390] Da das Rechtsgeschäft seine eigenen Mindestvoraussetzungen nicht bestimmen kann, kann die Unerheblichkeit des Geschäftswillens nicht vereinbart werden. § 119 Abs. 1 BGB ist folglich zwingendes Gesetzesrecht, das durch nachgiebiges Gewohnheitsrecht, falls es so etwas überhaupt geben sollte, nicht geändert werden kann.[391]

Somit können die allgemeinen Geschäftsbedingungen in dem mit dieser Arbeit zu untersuchenden Tatbestand selbst dann nicht gelten, wenn der von Raiser behauptete Gewohnheitsrechtssatz als Auslegungsregel bestände.

---

389) Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB, S. 24

390) Vgl. oben B. III. S. 24 ff., insbesondere 2. a S. 27 bis 30 und 6. S. 79 ff.

391) Gradenwitz gibt eine andere rechtsdogmatische Begründung (a.a.O., S. 91/92). Er meint, daß eine Verabredung, durch welche im voraus inter partes die Anwendung von § 119 Abs. 1 BGB ausgeschlossen werde, unstatthaft sein müsse, weil sie ins Bodenlose führe, sie könne also erst recht nicht als stillschweigende in den Vertrag hineingelegt werden. Auch zieht er den § 1229 BGB zur Begründung heran. - Der Erklärende, meint Gradenwitz, müßte dann, wenn er sich verschrieben habe, unter Umständen 100 hl, statt 100 l nehmen. Soweit könne der Eventualwille nicht getrieben werden, Darum sei eine § 119 Abs. 1 BGB ausschaltende Nebenabrede als gegen § 138 BGB verstoßend für wirkungslos zu halten.

II. GESETZESLÜCKE HINSICHTLICH DES RECHTSGESCHÄFTLICHEN MASSENVERKEHRS

Die das Rechtsgeschäft nach § 242 BGB[391a] ergänzend normierende - nicht notwendig nachgiebiges Gewohnheitsrecht bildende - Verkehrssitte[392] kann jedoch dort ungehindert auch rechtlich wirksam zur Entfaltung kommen, wo etwa entgegenstehende gesetzliche Vorschriften - möglicherweise auch der § 119 Abs. 1 BGB - keinen Anwendungsbereich haben.

Wenn oben unter B. und C.[393] mit ausführlicher Begründung nachgewiesen wurde, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im hier zu untersuchenden Fall[393a] eine "vereinbarte" Geltung - und erst recht eine nicht wörtlich vereinbarte Geltung - allgemeiner Geschäftsbedingungen nur unter den Voraussetzungen des § 116 Satz 1 BGB zuläßt, so ist das nicht zuletzt wegen § 119 Abs. 1 BGB keine Überraschung, sondern angesichts der eindeutigen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch unbestreitbar.

Trotzdem wäre es unbefriedigend, wenn man sich mit diesem Ergebnis zufrieden geben wollte; denn man würde einfach das ignorieren, was die vorliegende Frage erst zum Problem gemacht hat: die Tatsache, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches weiter entwickelt haben.[394] Die Kernfrage geht hier folglich dahin, ob und inwieweit die wirtschaftliche Entwicklung seit 1896 eine derartige Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gebracht hat, daß die Entscheidungen des BGB-Gesetzgebers nicht mehr schlechthin gelten - rechtsdogmatisch genauer: ob die veränderten tatsächlichen Verhältnisse im Gebiet der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung für den Bereich der Inkraftsetzung allgemeiner Geschäftsbedingungen eine sekundäre Gesetzeslücke geschaffen haben.[395]

391a) Eventuell § 346 HGB; vgl. dazu oben S. 125 Fußnote 373

392) Die Verkehrssitte braucht nicht Gewohnheitsrecht zu sein, um die Rechtsgeschäfte ergänzen zu können. Sie ist kraft § 242 BGB wirksam. Vgl. dazu oben I. 1. S. 125 ff.

393) Vgl. oben S. 17 ff. und S. 100 ff.

393a) Vgl. oben A. I. S. 2

394) Vgl. oben A.I.S.3, insbesondere Fußnote 11

395) Vgl. zum Begriff der sekundären Gesetzeslücke Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, § 14 Das Lückengebiet S.157ff., insbesondere S. 172 und S. 176 bis 179; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 59 S.344 ff. und das dort unter § 51 Fußnote 1 S. 311 f. zitierte Schrifttum.

Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn vom Gesetzgeber unvorhergesehene Lebensverhältnisse eintreten, die neue Interessenkonflikte schaffen.[396]

Daß die wirtschaftliche Entwicklung, die zur weit verbreiteten Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen führte, vom BGB-Gesetzgeber nicht vorausgesehen wurde, ist offensichtlich. Es kommt daher nur darauf an, ob diese Entwicklung dem in den §§ 116 ff. BGB geregelten Interessenkonflikt den tatsächlichen Boden entzogen hat.

Dies wird von Siebert, der dieses Lückenproblem als erster ausdrücklich ausgesprochen hat, behauptet.[397] Er meint, daß der § 119 BGB im Bereich des Massenverkehrs seinen interessemäßigen Anknüpfungspunkt, den individuellen Willen des einzelnen Verkehrsteilnehmers, verloren habe. Die Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle schließe eine Berücksichtigung des Einzelwillens aus.

In diesem Zusammenhang muß zunächst erwähnt werden, daß Typizität und Institutionalisierung zwar die Gestaltungsfreiheit, nicht aber die Abschlußfreiheit beseitigen können. Wenn also der Kunde ein Verhalten an den Tag legt, aus dem auf eine Abschlußabsicht geschlossen werden muß, eine solche vom Kunden aber nicht gehegt wird, kann die Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß das Willensmoment aufgehoben sei.

In dem hier zu untersuchenden Fall liegt die Abschlußabsicht des Kunden vor. Nur sein Wille hinsichtlich der Gestaltung des Vertragsverhältnisses weicht von dem des Unternehmers ab.

---

396) Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 177: "Denn in den neuen Verhältnissen können alte Probleme auftauchen, die schon im Gesetz gelöst sind."
Ähnlich und etwas genauer Enneccerus-Nipperdey, 14. Aufl. 1952, § 59 I. S. 213: "Sofern eine Vorschrift Fälle umfaßt, ..., die vom Gesetzgeber nicht bedacht sind und, wenn er sie bedacht hätte, nicht in dieser Weise geordnet haben würde, muß so entschieden werden, wie der Gesetzgeber entschieden haben würde."

397) Siebert, a.a.O., B. III. 2. b S. 32

1. Entwicklung der Typizität in den rechtsgeschäftlichen Rechtsbeziehungen seit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches

a) Typizität durch Institutionalisierung im Gesetz

Vorerst muß klargestellt werden, daß die Typizität als solche nicht ein vom BGB-Gesetzgeber unvorgesehener Umstand ist. Schon der Begriff der Institution setzt eine gewisse Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle voraus. Sie findet sich bereits im Gesetz. Man denke nur an den numerus clausus des Sachenrechts und der familienrechtlichen Güterstände. Besonders diese sind einer inhaltlichen Gestaltung der Vertragspartner weitgehend entzogen. Aber auch sonst begnügen sich die Parteien mit der Qualifizierung des Rechtsgeschäfts - z.B. als Kauf - und vereinbaren lediglich die Hauptleistungen, z.B. Ware und Kaufpreise. Das Gesetz regelt die Nebenpunkte für die Parteien ausführlich - und zwar für alle gleich.

Also bestand schon nach dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers grundsätzlich eine Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle auf Grund des Gesetzes. Denn der Gesetzgeber hätte sich nicht der Mühe unterzogen, die am häufigsten vorkommenden Schuldverhältnisse mit großer Sorgfalt inhaltlich auszugestalten, wenn er nicht davon ausgegangen wäre, daß im Regelfall die nachgiebigen Vorschriften des Gesetzes eingreifen werden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers waren also Individualabreden hinsichtlich der jetzt oft in allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Nebenpunkte gar nicht die Regel. Die Regel sollten vielmehr die durch das Gesetz geregelten Vertragsverhältnisse bilden.

b) Typizität durch allgemeine Geschäftsbedingungen

Um die Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle herbeizuführen, sind daher allgemeine Geschäftsbedingungen nicht erforderlich. Gäbe es keine allgemeinen Geschäftsbedingungen, so wären die Vertragsbeziehungen hinsichtlich der Nebenpunkte für alle gleichmäßig durch das Gesetz geregelt. Hinsichtlich der Hauptleistungen läßt sich eine Schematisierung regelmäßig ohnehin nicht erreichen. Sie sind daher auch selten Gegenstand allgemei-

ner Geschäftsbedingungen.[398] - Allerdings werden die allgemeinen Geschäftsbedingungen oft konkreter als das Gesetz, was eine höhergradige Schematisierung - meist auf Kosten der Gerechtigkeit im Einzelfall - bewirkt. Doch dies ändert nichts daran, daß die Typisierung als solche, die grundsätzliche Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle, kein Umstand ist, der sich erst auf Grund einer neuen Entwicklung ergeben hätte.

Neu ist lediglich, daß die wirtschaftlich Mächtigen auf Grund ihrer Macht und unter Ausnutzung der Unerfahrenheit der Vertragspartner eine Gleichheit der Rechtsbeziehungen für alle herstellen, die vom Gesetz abweicht. Dies wird dadurch erreicht, daß die meisten privatrechtlichen Vorschriften dispositiv sind, was nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade der individuellen Gestaltung der Vertragsverhältnisse dienen soll. Nicht die Typizität überhaupt ist vom Gesetzgeber unvorhergesehen, sondern die Typizität auf Grund privater Initiative ist ein unvorhergesehnes Lebensverhältnis.

2. Frage nach der Änderung der Interessenkonflikte

a) Der vom Gesetzgeber geregelte Interessenkonflikt

Das Gesetz geht davon aus, daß jeder Vertragspartner einen bestimmten Geschäftswillen hat und ein Interesse daran, daß dieser Geschäftswille die Rechtsfolgen des Vertrages gestaltet. Auf der anderen Seite sieht der Gesetzgeber den Vertragspartner in der Rolle des Erklärungsempfängers, der auf das Vorhandensein desjenigen Geschäftswillens des anderen vertraut, den er versteht, und der folglich ein Interesse daran hat, daß der Vertrag auch so als geschlossen gilt. Dies ist oben im einzelnen dargelegt worden.[399]

---

398) Die Preistarife, die es gibt, müssen daher sehr viele Unterscheidungen treffen und häufig untergliedern. Auch unterliegen sie mehr als andere Geschäftsbedingungen Änderungen. Im übrigen werden Preistarife öfter durchbrochen als andere Geschäftsbedingungen und sind immer wieder Gegenstand der Individualverhandlungen.

399) Vgl. B. III. 2. S. 27 ff. einerseits und 4. S. 51 ff. andererseits.

b) Der Interessenkonflikt in dem vorliegend zu untersuchenden Tatbestand

Der Unternehmer hat ein Interesse daran, daß seine allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis gelten. Der Kunde hat ein Interesse daran, daß diese allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gelten. Dieser Interessengegensatz, hinter dem beiderseits berechtigte wirtschaftliche Beweggründe stehen können, schlägt sich darin nieder, daß der Geschäftswille der beiden Vertragspartner hinsichtlich der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht übereinstimmt. Wenn der Unternehmer die Vertragserklärung des Kunden so versteht, daß dieser nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen will, und der Kunde die Vertragserklärung des Unternehmers so versteht, daß nicht nach Maßgabe allgemeiner Geschäftsbedingungen abgeschlossen wird, so schlägt sich der genannte Interessengegensatz auch in dem beiderseits entgegengesetzten Vertrauen auf einen Geschäftswillen des anderen nieder, der mit dem eigenen Geschäftswillen übereinstimmt.

In dem vorliegend untersuchten Tatbestand ist der Geschäftswille als interessemäßiger Anknüpfungspunkt vorhanden. Anderenfalls wäre eine Subsumtion unter die §§ 116 ff., wie sie oben vorgenommen wurde,[400] unmöglich.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß der vorliegend untersuchte Tatbestand im Leben selten vorkomme, weil der Kunde in aller Regel angesichts seiner wirtschaftlichen Machtlosigkeit gegenüber dem Unternehmer die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen wollen müsse, wenn ein Vertrag überhaupt zustande kommen soll. Denn auch in diesen Fällen liegt ein Geschäftswille des Kunden vor - ein Geschäftswille, der auch auf die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet ist. Der Geschäftswille ist nämlich auch dann vorhanden, wenn er unter wirtschaftlichem Druck zustandekommt. Die reale wirtschaftliche Gleichheit der Vertragspartner und die sogenannte Richtigkeitsgewähr [401] wurde von

400) Vgl. oben B. IV. S. 83 ff. und C. S. 100 ff.

401) Vgl. zu diesem Begriff Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 132 f. und Stammler, a.a.O., S. 708 ff.; vgl. auch oben B. III. 2.a S. 28 und S. 27 Fußnote 84

dem liberalen BGB-Gesetzgeber keineswegs vorausgesetzt.[402] Eine Art Richtigkeitsgewähr glaubte er höchstens in den Gesetzen des freien Marktes zu finden. Dabei nahm er in Kauf, daß nicht jeder Vertrag einen richtigen Interessenausgleich bringen würde. Daß ein Geschäftswille nur auf Grund starken wirtschaftlichen Drucks der Gegenseite zustandekommt, ist, wie auch die §§ 138 Abs. 2und 343 BGB beweisen, vom Gesetzgeber als möglich ins Auge gefaßt. Unvorhergesehen war nur, daß dies eine so allgemeine Erscheinung wird. Diese Tatsache mag dazu führen, daß den Kunden die Behauptung, er habe die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gewollt, nicht leicht geglaubt wird und, auch wenn ihm dies geglaubt wird, der § 116 Satz 1 BGB häufig zugunsten des Unternehmers angewandt werden muß, wie oben ausgeführt wurde.[403] Sie darf aber nicht dazu führen, daß auch in den Fällen, in denen der Wille des Kunden nicht gebeugt wurde, dieser Wille einfach ignoriert wird. Dies wäre nicht nur gesetzeswidrig, das wäre auch äußerst ungerecht dem Kunden gegenüber.

Wiederholt ist vorgebracht worden, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß die einzelnen das Vertragsverhältnis gestaltenden Regelungen von den Vertragsparteien nach ihren individuellen Wünschen ausgehandelt werden würden.[404] Wie bereits dargelegt wurde, hatte der Gesetzgeber zwar keineswegs die Vorstellung, daß die meisten Verträge eine vom Gesetz abweichende Individualregelung enthalten würden.[405] Aber er glaubte doch, daß jede vom Gesetz abweichende Vereinbarung jeweils nur mit Rücksicht auf Individualinteressen der Vertragspartner getroffen werden würde. Nun hat die Wirtschaft diese vom Gesetz zu diesem Zweck gestattete Möglichkeit dazu verwendet, allgemeine Geschäftsbedingungen aufzu-

402) Das verkennt Simitis, wenn er ausführt, daß die gesetzliche Regelung im Vertragsschluß stets die Grundlage des Interessenausgleichs der Kontrahenten sehe (a.a.O., § 18 S.476 und § 20 S.524, insbesondere Fußnote 14). Simits müßte konsequenterweise bei einer Unterschrift unter eine ungelesene Urkunde den Vertragschluß verneinen. Vgl. auch Großmann-Doerth, a.a.O., S.10; Schmidt-Rimpler tadelt, daß der Gesetzgeber auch Willenseinigungen ohne Richtigkeitsgewähr als Verträge betrachtet (a.a.O., S.157).

403) Vgl. oben B. III. 5. c aa S. 66 ff. und C.II.S. 104 ff.

404) Insbesondere Großmann-Doerth, a.a.O., S.10 f.; Schmidt-Rimpler, ArchZivPr Bd. 147 S. 157 f.

405) Vgl. oben 1. a S.133 f.; vgl. auch die § 612 Abs.2, 632 Abs.2, 653 Abs. 2 BGB

stellen, um damit die Interessen des jeweiligen Unternehmers wahrzunehmen. Wenn der Unternehmer die wirtschaftliche Macht hat, seine eigenen Interessen bei jeder Vereinbarung durchzusetzen, gestalten sich alle seine Vertragsverhältnisse mit den Kunden inhaltlich gleich. Es wäre falsch zu sagen, daß alle diese Verträge keine "Individualverträge" mehr seien, weil in ihnen keine Individualinteressen berücksichtigt würden. Denn es werden individuelle Interessen berücksichtigt: die individuellen Interessen des Unternehmers nämlich. Sonst würde die Aufstellung der allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Unternehmer ihren Hauptzweck verfehlen. Nur die individuellen Interessen des Kunden werden nicht berücksichtigt, weil dieser zu schwach ist, um sich durchzusetzen. Oft wird noch das Trägheitsmoment oder auch Unerfahrenheit hinzukommen. Sein Geschäftswille beugt sich also den individuellen Interessen des Unternehmers. Ihm fehlt nicht der Geschäftswille, sondern sein Trieb zur Wahrnehmung der eigenen Interessen ist inaktiv. Diese Inaktivität ist indessen nicht die Folge einer Gleichheit der Rechtsbeziehungen, sondern beide sind Folgen derselben Ursache: der wirtschaftlichen Überlegenheit des Unternehmers, der seine Interessen gegenüber allen Kunden durchzusetzen vermag, so daß naturgemäß inhaltlich gleiche Rechtsbeziehungen entstehen.[406]

Die Frage muß dahin gehen, ob die einseitige Berücksichtigung von Individualinteressen eine vom Gesetzgeber unvorhergesehene Entwicklung ist, die neue Interessenkonflikte schafft. Obwohl Schmidt-Rimpler mit Recht hervorgehoben hat, daß das Rechtsgeschäft in solchen Fällen kein geeignetes Ordnungsmittel sei,[407] so läßt sich doch nicht übersehen, daß der liberale Gesetzgeber solche Fälle bewußt in Kauf genommen hat und nur den krassesten Fällen durch den § 138 BGB einen Riegel vorschob.[408] Der freie Markt sollte sich grundsätzlich selbsttätig regulieren. Diese Erwartung erfüllt sich oft nur sehr langsam. So dürfte es, wie ein Vergleich mit dem Arbeitsmarkt nahe zu legen scheint, noch lange währen, bis sich allenthalben genügend mächtige Verbraucherverbände organisieren, die mit den Unternehmern Preise und Geschäftsbedingungen aushandeln. Bis dahin wird das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen unbefriedigend bleiben, weil sich der einzelne Kunde allein nur selten durchsetzen kann.
Eine Lücke im Gesetz ist darum jedoch nicht zu erkennen.

406) Vgl. Würdinger, MDR 1952 S. 129
407) Vgl. Schmidt-Rimpler, ArchZivPr Bd. 147 S. 157 f.
408) Vgl. oben S. 136 f.; vgl. aber auch oben C. II. 4. b S. 116 ff., insbesondere Fußnote 362 auf Seite 118/119

3. Ausfüllung der Gesetzeslücken

a) Ausfüllung der Gesetzeslücken durch Vertrauensschutz

Wenn man eine Gesetzeslücke annähme, mit der Begründung, daß ein Geschäftswille des Kunden im Massenverkehr fehle, so würde daraus nicht nur folgen, daß der für das Rechtsgeschäft fundamentale Rechtsgedanke der Privatautonomie nicht eingreife, sondern es ergäbe sich daraus zwangsläufig auch, daß der Grundsatz des rechtsgeschäftlichen Vertrauensschutzes gegenstandslos wäre. Denn sollte der Geschäftswille des Kunden im Bereich des Massenverkehrs fehlen, so kann es auch kein Vertrauen auf sein Vorhandensein geben. Nur wenn der Kunde regelmäßig den Geschäftswillen hat, nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers abzuschließen, kann ein Vertrauen gerechtfertigt sein, welches die Vertragserklärung des Kunden in diesem Sinne auslegt. Die Privatautonomie ist für den rechtsgeschäftlichen Verkehr eben der grundlegende Rechtsgedanke, auf dem alles andere aufgebaut ist. Reißt man ihn weg, so stürzt jegliche rechtsgeschäftliche Konstruktion zusammen.

b) Ausfüllung der Gesetzeslücken durch ergänzende Verkehrssitte

Die auf Grund des § 242 BGB [408a)] die Rechtsgeschäfte ergänzende normierende Verkehrssitte kann jedoch, soweit keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen,[409)] auch dann eingreifen, wenn ihre Rechtsfolgen nicht vom Geschäftswillen der Vertragspartner getragen sind. Insoweit spielt der § 119 Abs. 1 BGB keine Rolle.[410)] Falls die allgemeinen Geschäftsbedingungen also Regelungen enthalten, die verkehrsüblich sind, können diese ohne Vereinbarung den Vertrag ergänzen, soweit dadurch keine gesetzlichen Vorschriften auch dispositiven Charakters abgeändert werden.[411)]

408a) eventuell § 346 BGB; vgl. dazu oben S. 125 Fußnote 373

409) Vgl. oben I. 1. S. 126 ff.

410) Vgl. oben I. Fußnote 374 S. 125

411) Vgl. oben I. 1. S. 125 ff.

Wenn eine Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen verkehrsüblich ist und, wie meistens, eine gesetzliche Vorschrift abändern soll, ist jeweils zu prüfen, ob die gesetzliche Vorschrift etwa durch die wirtschaftliche Entwicklung seit Schaffung des Gesetzes so überholt ist, daß die Wertungen des Gesetzgebers keinen tatsächlichen Anknüpfungspunkt mehr finden. Das Problem der sekundären Gesetzeslücke entsteht also hinsichtlich jeder einzelnen Rechtsnorm, die durch verkehrsübliche Geschäftsbedingungen abgeändert werden soll.

Hierbei ist jedoch größte Vorsicht am Platze. Denn die Wirtschaft hat nicht die zum Gesetzgeber nötige Objektivität, um unzeitgemäße Normen des Gesetzes durch bessere zu ersetzen. Der Unternehmer ist bestrebt, seinen Betrieb so rentabel wie möglich zu gestalten. Dazu sollen ihm unter anderem auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen verhelfen. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen können tatsächlich vorhandene Geschäftsrisiken (z.B. Transportrisiken) nicht beseitigen. Sie können sie bloß abwälzen - auf den Vertragspartner.[412] Das ist der Hauptzweck der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Betrieb wird dadurch entlastet, aber auf Kosten anderer. - Daneben wird immer wieder hervorgehoben, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen Einzelvertragsverhandlungen ersparen oder zumindest abkürzen.[413] Ob das einen Fortschritt darstellt, ist sehr fraglich. Denn das Ergebnis ist, daß der Vertragspartner in aller Regel mangelhaft informiert wird. Zudem dürften die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erfunden worden sein, um Vertragsverhandlungen abzukürzen. Wenn der Unternehmer nämlich keine vom Gesetz abweichenden Geschäftsbedingungen durchsetzen wollte, wären auch keine Einzelvertragsverhandlungen über diejenigen Punkte erforderlich, die regelmäßig von den allgemeinen Geschäftsbedingungen betroffen sind. Die etwa auftauchenden Interessengegensätze wären gerecht geregelt durch das Gesetz, obwohl keine langen Vertragsverhandlungen gepflogen würden. Die Abkürzung der Einzelvertragsverhandlungen spricht höchstens dann für die allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn daneben noch ein anderer Grund vorliegt, die Vertragsverhältnisse abweichend vom und ergänzend zum Gesetz zu regeln. Ein solcher Grund kann darin liegen, daß der Gesetzgeber nicht alle mög-

412) Vgl. dazu ausführlich Großmann-Doerth a.a.O., S. 14
413) So v. Brunn, a.a.O., Vorwort und II. 2. a S. 30/31

lichen Interessenkonflikte gesehen hat, die daher noch einer Regelung bedürfen. Insbesondere kann die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung neue Interessenkonflikte geschaffen haben, die geordnet werden müssen.[414] Hier soll die Verkehrssitte ergänzend - nicht derogierend - einspringen. Wenn also die allgemeinen Geschäftsbedingungen verkehrsübliche Regelungen enthalten, die das Gesetz in diesem Sinne ergänzen, so sind diese Normen, soweit sie mit Treu und Glauben im Einklang stehen (§ 242 BGB!),[415] für die Parteien auch ohne Vereinbarung verbindlich.

---

414) Vgl. dazu v. Brunn, a.a.O., II. 2. c S. 43 ff.

415) Guthke (a.a.O., S. 79) meint, es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn sich der Kunde darauf berufe, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vereinbart seien. Denn er würde sich in Widerspruch zum eigenen früheren Verhalten setzen (venire contra factum proprium). Diese Auffassung ist rechtsirrig. Denn die §§ 119 bis 122 BGB regeln gerade den Fall, daß sich der Erklärende mit seiner Anfechtung wegen Irrtums zu seiner Erklärung in Widerspruch setzt. Die §§ 119 bis 122 BGB sind jedoch im Verhältnis zu § 242 BGB und damit zu der Regel des venire contra factum proprium die lex specialis. Da man hier mit "Treu und Glauben" die §§ 119 bis 122 BGB nicht ausschalten kann, darf man mit dieser Begründung erst recht nicht die Berufung darauf abschneiden, daß das Erklärungsbewußtsein gefehlt habe.
Darüberhinaus vertritt Guthke a.a.O., S. 88 sogar die Ansicht, daß nach dem Satze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch unübliche und unangemessene Geschäftsbedingungen Geltung erlangen. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung liegt auf der Hand. Ausgerechnet der Satz von Treu und Glauben soll dazu herhalten, unüblichen und unbilligen Geschäftsbedingungen, die nicht einmal vereinbart sind, zur Geltung zu verhelfen.

III. Zur Theorie vom normativen Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen [421a]

1. Begriff des normativen Charakters

Wenn vom "normativen Charakter" der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Rede ist, so kann zweierlei gemeint sein:

1.) Entweder soll damit nur ausgedrückt werden, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen in abstrakter Weise mehrere gleichartige Fälle zu regeln bestimmt sind und folglich Normen enthalten, [422]

2.) oder es soll damit die These aufgestellt werden, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechtsnormen enthalten und folglich allgemein rechtsverbindlich seien und wie ein Gesetz wirken müßten. [423]

Das erste ist richtig, das zweite falsch. Insbesondere darf man aus jener richtigen Feststellung nicht folgern, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen allgemein verbindlich seien. Denn die Begriffe "Norm" und "Rechtsnorm" sind - und das übersieht die Lehre vom "normativen Charakter" allgemeiner Geschäftsbedingungen - nicht identisch. Dies ist auch nach O. v. Gierke und Hueck, welche Hamann für seine gegenteilige Ansicht heranzieht, nicht anders. O. v. Gierke definiert die Normen als Verhaltungsmaßregeln für Betätigungen des menschlichen Wollens und lehrt, daß nicht nur das Recht, sondern unter anderem auch die Sitte Normen setze. [424] Rechtssätze (= Rechtsnormen) aber sind nach O. v. Gierke nur diejenigen Normen, die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft das menschliche Wollen äußerlich bestimmen sollen. [425]

421a) Vgl. die Darstellung oben A II.4. S. 10 ff.

422) Vgl. z.B. BGHZ Bd. 3 S. 203

423) Vgl. z.B. LG Aachen NJW 1952 S. 625

424) O.v.Gierke, a.a.O., Zweiter Abschnitt, Das objektive Recht, § 15 II. 1. S. 113

425) O. v. Gierke, a.a.O., § 15 I. S. 113 Zudem ist nach O.v.Gierke dem Begriff des Rechts die Gerechtigkeitsidee immanent (a.a.O., § 15 II. 8. S. 120/121 besonders Fußnote 33 a.E.). Folglich kann man nach O.v.Gierke von Rechtssetzung nur dann sprechen, wenn der Rechtsetzende das Recht an der Gerechtigkeit auszurichten bestrebt ist (vgl. auch Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 161). Dies

Hueck erläutert, daß die Norm des Richtlinienvertrages keine Rechtsnorm sei.[426] Das ergebe sich vom Standpunkt der Entstehung der Normen ohne weiteres daraus, daß die Parteien des Normenvertrages als bloße Privatpersonen oder Verbände von Privatpersonen ohne besondere staatliche Ermächtigung nicht die Befugnis und Möglichkeit hätten, Rechtssätze zu schaffen.[426]

Hueck erörtert ausführlich, unter welchen Voraussetzungen den Normen, die den Inhalt der Normenverträge bilden, "die gleiche Wirkung wie Rechtsnormen zukommt".[427]

Die Begriffe "Norm" und "Rechtsnorm" können nicht gleichbedeutend sein. Für die Annahme eines allgemein rechtsverbindlichen Charakters ist eben nicht "allein" die Zweckbestimmung der Regelung entscheidend, wie das Kammergericht meint, sondern entscheidend ist vor allem, wer die Regelung getroffen hat. Denn wer keine Rechtsetzungsbefugnis hat, kann zwar Normen entwerfen, aber keine Rechtsnormen aufstellen.

Zu Unrecht berufen sich Hamann[426a] und das Kammergericht[427a] auf das Reichsgericht in DR 1941 S. 1210 ff. Dort hatte das Reichsgericht einen Fall entschieden, in welchem auf bestimmte allgemeine Versicherungsbedingungen bezug genommen worden war. Der Kunde hatte sich lediglich über den Inhalt der allgemeinen Versicherungsbedingungen geirrt. Auf S. 1212 a.a.O. hatte das Reichsgericht dazu ausgeführt, daß es beim Abschluß von Verträgen, "die unter Bezugnahme auf oft sehr umfangreiche allgemeine Geschäftsbedingungen" geschlossen würden, "wenig" darauf ankomme, "was dem in diese Rechtsordnung freiwillig Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt" sei.[428] Über den Problemkreis, unter welchen Voraussetzungen der Kunde auf die allgemeinen Geschäftsbe-

---

dürfte bei dem Unternehmer, der die allgemeinen Geschäftsbedingungen entwirft, - vorsichtig formuliert - nicht immer zutreffen (vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 157 Fußnote 34).

426) Hueck, IherJahrb. Bd. 73 S. 51

427) Hueck, a.a.O., S. 82

426a) Hamann, MDR 1949 S. 210

427a) KG MDR 1950 S. 287/288

428) Vgl. oben B. IV. 2. S. 89

dingungen bezug nimmt (= in die Rechtsordnung freiwillig eintritt, sich unterwirft), ist dem Reichsgerichtsurteil in DR 1941 S. 1210 ff. nichts zu entnehmen.[429] Denn dort hatte der Kunde das Formular unterschrieben und vom Bestehen der allgemeinen Geschäftsbedingungen gewußt. Das Reichsgericht hat nicht ausgesprochen, daß allgemeinen Geschäftsbedingungen die rechtliche Bedeutung eines materiellen Gesetzes im Sinne von Art. 2 EGBGB zukomme. Denn auf ein solches Gesetz braucht der Bürger nicht bezug zu nehmen, braucht sich ihm nicht erst freiwillig zu unterwerfen, damit es für ihn gelten kann.[430] Es gilt ipso iure.[431] Das Reichsgericht hat demgemäß in seiner Entscheidung in DR 1941 S. 1210 ff. von Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, von freiwilligem Eintritt in die Rechtsordnung und von freiwilliger Unterwerfung gesprochen. Das wäre überflüssig, wenn das Reichsgericht die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Gesetze im Sinne von Art. 2 EGBGB betrachtet hätte.[432]

Hamann meint außerdem, daß die in RG DR 1941 S. 1211 vertretene rechtsdogmatische Auffassung vorher bereits von Hueck in IherJahrb Bd. 73 S. 33 ff. und von Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 52 ff. "mit Nachweisen" geäußert worden sei.[433] Beides ist unrichtig. Hueck hebt sogar hervor, daß die automatische Wirkung eines Normenvertrages nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift[434] in Frage kommen kann.[435] An anderer Stelle[436] führt Hueck wörtlich aus: "Die Norm des Richtlinienvertrages ist hiernach keine Rechtsnorm. . . . . Das ergibt sich vom

---

429) Auf diesen Fehler des Kammergerichts hat bereits Stoldt hingewiesen (MDR 1951 S. 141/142). Vgl. auch Raiser, NJW 1952 S. 625 f. und SJZ 1950 S. 669

430) v. Brunn weist darauf hin, daß die Formulierungen des Reichsgerichts sehr vorsichtig sind. Daher könne man nicht sagen, meint von Brunn, daß sich das Reichsgericht hier vorbehaltlos zum Normencharakter der Formularbedingungen bekannt habe (a. a. O., 3. b S. 71/72)

431) Nach Huecks Ausdrucksweise "automatisch"

432) Vgl. Stoldt, MDR 1951 S. 141/142; Raiser, NJW 1952 S. 625, SJZ 1950 S. 669

433) Hamann, MDR 1949 S. 210

434) z. B. §§ 4, 5 TVG

435) IherJahrb Bd. 73 (= 1923) S. 89

436) IherJahrb Bd. 73 S. 51, wie schon oben auf S. 142 dargelegt

Standpunkt der Entstehung der Normen ohne weiteres daraus, daß die Parteien des Normenvertrages als bloße Privatpersonen oder Verbände von Privatpersonen ohne besondere staatliche Ermächtigung nicht die Befugnis und Möglichkeit haben, Rechtssätze zu schaffen." Die im schuldrechtlichen Normenvertrag festgesetzten Normen dagegen können, wie Hueck betont, für den Einzelvertrag nur dann wirksam werden, wenn die Parteien des Einzelvertrages es vereinbaren.[437] Im einzelnen geht Hueck auf die für die vorliegende Untersuchung interessierenden Fragen auf S. 55 bis 59, insbesondere S. 57 seines Aufsatzes in IherJahrb Bd. 73 (= 1923) ein. Er vertritt da die Auffassung, daß eine stillschweigende Vereinbarung der Normen(=allgemeinen Geschäftsbedingungen) im allgemeinen nicht anzunehmen sei. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die einseitig festgesetzten Normen allgemeine Geltung gewonnen hätten und zur wirklichen Verkehrssitte geworden seien.[438] Auf S. 53 und auf S. 83 legt Hueck dar, daß der Partner des Einzelvertrages bei einem Irrtum über den Inhalt der Normen oder einem Irrtum über die Existenz des Normenvertrages nach § 119 BGB zur Anfechtung berechtigt sei,[439] wenn diese nicht kraft einer besonderen gesetzlichen Vorschrift automatisch wirken.

Raisers Theorie über die Verweisung und die normierende Verkehrssitte (= nachgiebiges Gewohnheitsrecht) hat mit der Theorie von der automatischen Wirkung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts gemein.[440] Darum trat Raiser dem Urteil des Kammergerichts entgegen.[441] Auf S. 52 ff. seines Werkes über das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen behandelt Raiser gar nicht die Wirkung der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Einzelvertrag, sondern die staatliche Aufsicht über allgemeine Geschäftsbedingungen. Da Raiser dem Kunden ein Anfechtungsrecht zugesteht, wenn er sich über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen irrt,[442] so stimmt Raisers Auffassung auch nicht mit der des Reichsgerichts in DR 1941 S. 1212 überein.

---

437) Hueck, IherJahrb Bd. 73 S. 80 f. und S. 82 f.
438) Vgl. auch in IherJahrb Bd. 73 S. 102
439) Vgl. auch in IherJahrb Bd. 73 S. 110 und S. 50/51
440) Vgl. zu Raisers Theorie oben A.II.2.S. 5 ff. und D.I.2.b S.128 ff.
441) Raiser, SJZ 1950 S. 668 und NJW 1952 S. 625
442) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 16 I. 3. S. 172, § 23 II. S. 245 ff. vgl. auch oben C.II.4.a S. 115 ff.

2. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsquelle

Der Auffassung von der automatischen Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen wegen ihres "normativen Charakters" steht vor allem die Lehre entgegen, daß nur Gesetz oder Gewohnheitsrecht objektives Recht bilden können.[443]

Deshalb versucht Hamann seine Auffassung auf O. v. Gierke und Kelsen zu stützen,[444] die, wie er meint, von der herrschenden Rechtsquellenlehre abweichen. - Sein Tadel an der Rechtsquellenlehre, das staatliche Gesetzgebungsmonopol sei ein aus den Quellen totalitären Denkens gespeistes Axiom, dessen Berechtigung nicht einhellig anerkannt werde,[445] ist unberechtigt. Denn neben der staatlichen Gesetzgebung ist das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle allgemein anerkannt. Der Staat hat also kein Rechtsetzungsmonopol. - Unberechtigt ist auch der Vorwurf, daß die Rechtsquellenlehre aus totalitärem Denken herrühre. Gerade Kelsen, auf den sich Hamann zu stützen versucht, hat nachgewiesen, daß jegliches positive Recht - gleichgültig, ob es im Rahmen einer autokratischen oder demokratischen Verfassung entsteht - nur unter der Annahme einer die oberste, das Recht erzeugende Autorität einsetzenden Grundnorm gelten kann, deren Geltung selbst innerhalb der Sphäre des positiven Rechts unbegründet und unbegründbar bleibt.[446] Ein solches Axiom ist und bleibt die Voraussetzung einer jeden positivistischen Erfassung des Rechtsstoffes [446] und nur ein System positiven Rechts kann an die konkreten Tatbestände des sozialen Lebens mittelbar herangebracht werden.[447]

Hamann kann und will zwar nicht jedermann eine Gesetzgebungsbefugnis einräumen. Er vertritt aber offenbar die Auffassung, daß Unternehmer oder wenigstens ihre Wirtschaftsverbände im Rahmen ihres Tä-

---

443) Vgl. Ewald, BB1951 S. 883 ff.; v.Brunn, a.a.O., III. 3. d S. 73 ff., insbesondere S. 74

444) Hamann, MDR 1949 S. 211

445) Vgl. oben A.II.4. S. 10ff

446) Kelsen, a.a.O., § 4 S. 12 ff.

447) Vgl. insbesondere Kelsen, a.a.O., § 6 S. 15/16

tigkeitsbereichs eine Rechtsetzungsbefugnis hätten. Diese Auffassung läßt sich aber auch nicht mit einem Hinweis auf O. v. Gierke halten. O.v. Gierke erkennt nämlich neben dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht nur die autonomische [447a)] Satzung als Rechtsquelle an.[448)] Er stellt klar, daß "nur ein Verband, d.h. eine organisierte Gemeinschaft" zu autonomischer Rechtsetzung befähigt ist [449)] und fährt dann wörtlich fort: "Individuen können überhaupt nicht objektives Recht erzeugen. Unorganisierte Gemeinschaften können ungesetztes Recht hervorbringen, aber kein Recht setzen." [450)] Folglich können allgemeine Geschäftsbedingungen, die ein einzelner Unternehmer entwirft, auch wenn sie von anderen nachgeahmt werden, nach O.v.Gierke keine Rechtsquelle darstellen, sondern höchstens eine Gewohnheitsrechtsbildung vorbereiten. Dies ist nicht anders, wenn die allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem Verband entworfen werden. Denn objektives Recht ist nach O.v. Gierke die erklärte Rechtsüberzeugung einer Gemeinschaft.[451)] Daher kann die autonomische Satzung nur für die Angehörigen des Verbandes gelten.[452)] O.v. Gierke betont demgemäß, daß eine förmliche Rechtsetzungshandlung nur innerhalb eines Verbandes denkbar ist.[453)]

Wenn also dem Verband, der die allgemeinen Geschäftsbedingungen beschlossen hat, nicht sowohl der Unternehmer als auch der Kunde angehören, so kommen diese allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Kunde als autonomische Satzung im Sinne O. v. Gierkes nicht in Betracht.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind somit keine Rechtsquelle. Zwar enthalten sie Normen, aber keine Rechtsnormen. Daran wird auch dann nichts geändert, wenn man den Vertrag zwischen Kunden und Unternehmer als "Unterwerfung" bezeichnet, es sei denn, daß die Unterwerfung selbst rechtsgeschäftlich qualifiziert werden kann.[454)]

447a) Heute ist mehr der Ausdruck "autonome"Satzung üblich. Doch hat O.v.Gierke den Ausdruck "autonomische" Satzung verwandt. Vgl. z.B.O. v. Gierke, a.a.O., § 19 S.142 (auch S.127)

448) O.v.Gierke, a.a.O., §§ 17 ff. S. 125 ff.

449) O.v.Gierke, a.a.O., § 19 I 1. S. 142

450) O.v.Gierke, a.a.O., § 19 I. 1. S. 142;vgl. auch § 17 S.126

451) O.v.Gierke, a.a.O., § 15 I. S. 113 und II. 7. S. 119

452) O.v.Gierke, a.a.O., § 19 IV. 3. S. 152 f.

453) O.v.Gierke, a.a.O., § 17 S. 126

454) Dazu vgl. oben B. IV. S. 84 , B. IV. 2. S. 89 ff. und C. II. 4. S. 114 ff.

3. Die behördlich zur Auflage gemachten Geschäftsbedingungen

Für behördlich genehmigte und zur Auflage gemachte Geschäftsbedingungen kann nichts anderes gelten. Denn der genehmigende und die Anwendung vorschreibende Verwaltungsakt ist kein Gesetz. Wenn er auch nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung selbst in einem Gesetz seine Grundlage findet, so hat er doch nicht die Funktion, allgemeinverbindlich abstrakte Rechtsnormen zu setzen. Dies kann eine Behörde nur durch Rechtsverordnung erreichen. Es ist eine wesentliche Voraussetzung des Verwaltungsaktes, daß er nur einen besonderen, konkreten Einzelfall regelt.[455] Die Auflage, nur unter den genehmigten Geschäftsbedingungen abzuschließen, richtet sich zudem ausschließlich an den Unternehmer. Dieser ist dann kraft öffentlichen Rechts gehalten, die genehmigten Geschäftsbedingungen mit seinen Kunden zu vereinbaren und, wenn der Kunde darauf nicht eingehen sollte, vom Geschäft abzustehen.[455a] Wenn sich der Unternehmer nicht daran hält, kann er durch Beugemittel dazu gezwungen werden.

Immerhin hat die staatliche Mitwirkung einen Einfluß auf die Auslegung. Sofern der Kunde die behördliche Auflage kennt oder doch kennen muß, ist die Vertragserklärung des Unternehmers jedenfalls nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen auszulegen. Ferner kann der Unternehmer davon ausgehen, daß der Kunde gegen die Gel-

---

455) Vgl. Forsthoff, a.a.O., § 11 1., S. 184

455a) Deshalb gelten auch die ADSpB nicht wie ein Gesetz, obwohl sie durch Anordnung des Reichsverkehrsministers vom 29.12. 1939 für alle Geschäftsabschlüsse der Mitglieder der Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei für verbindlich erklärt wurden.
(OLG Oldenburg NdsRpfl 1948 S. 153; Hamann, MDR 1949 S. 209/210; BGHZ Bd. 9 S. 3; a.A. Senckpiehl JR 1950 S. 581/582; Schmidt-Loßberg MDR 1949 S. 609)

tung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, da sie staatlich kontrolliert sind, keine Bedenken hat.[456]

Doch kann die staatliche Mitwirkung nicht gegen die Anwendung des § 119 Abs. 1 BGB ins Feld geführt werden. Denn die Anfechtung führt nicht dazu, daß Verträge mit nicht genehmigten Geschäftsbedingungen zustandekommen, sondern sie führt nach § 142 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages, wodurch die Zwecke des genehmigenden Verwaltungsaktes nicht gefährdet werden.

---

456) Zwar hat H. Möller im Streitgespräch am Deutschen Juristentag 1955 erwähnt, daß die staatliche Kontrolle den Kunden nicht vor unbilligen Geschäftsbedingungen schütze (vgl. Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. II, E 20 f.). Doch solange Pflichtverletzungen der Behörden nicht verbreitet sind und nicht allgemein bekannt werden, wird der Staatsbürger der staatlichen Kontrolle in aller Regel vertrauen.

E. ERGEBNIS

Vereinbart sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht.

Sie sind jedoch kraft rechtsgeschäftlicher Vertrauenshaftung für den Kunden verbindlich, wenn der Unternehmer bei Vertragschluß den Eindruck hatte, daß der Kunde nach Maßgabe der allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen wolle, und der Kunde diesen Eindruck vorsätzlich, sei es auch nur mit dolus eventualis, verursacht hat.

Soweit der Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen verkehrsüblich ist, mit Treu und Glauben im Einklang steht und gegen keine gesetzlichen Vorschriften - auch dispositiven Charakters - verstößt, ergänzt er den Vertrag als Verkehrssitte kraft § 242 BGB. Hierbei wird oft zu prüfen sein, ob einzelnen gesetzlichen Vorschriften, gegen die der Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstoßen scheint, auf Grund der wirtschaftlichen Entwicklung seit Schaffung des Gesetzes der faktische Anwendungsbereich entzogen ist, so daß insoweit eine sekundäre Gesetzeslücke vorliegt, die von der ergänzenden Verkehrssitte ausgefüllt werden kann.

Können die allgemeinen Geschäftsbedingungen danach weder kraft der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung noch kraft Verkehrssitte gelten, so sind sie für den Kunden nicht verbindlich.

LEBENSLAUF

Als Sohn des Versicherungsmathematikers Ing. Marbod Etzler und seiner Ehefrau Katharina geb. Müller wurde ich am 28.11. 1930 in Brünn geboren.

Nach einer Versetzung meines Vaters nach Prag besuchte ich dort ab 1.9. 1936 eine private deutsche Volksschule.

Nach vier Klassen Volksschule trat ich am 1.9. 1940 in die deutsche Oberschule in Prag VII ein, in welcher ich bis zum Zusammenbruch am 8.5. 1945 blieb. Nach der Flucht konnte ich den Besuch der Oberschule ab 4.11.1946 in Bruckenau fortsetzen, bis ich im Zuge des sogenannten Austauschprogrammes der US-Regierung ("reeducation program") im Herbst 1949 nach Indiana kam, um dort ein Jahr die high-school zu besuchen. Im Frühjahr 1950 erhielt ich als sogenannter "Honor-graduate" der Milford High School das "High School Diploma".

Die Reifeprüfung legte ich im Juni 1951 an der Oberrealschule Aschaffenburg als Privatschüler ab.

Das rechtswissenschaftliche Studium betrieb ich, ohne die Universität zu wechseln, vom Wintersemester 1952/53 an bis einschließlich Sommersemester 1956 in Göttingen. Am 28. 9. 1956 legte ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung "befriedigend" ab.

Seit dem 11.12. 1956 stehe ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.